Iulian BOLDEA
(coordinator)

COMMUNICATION, CONTEXT, INTERDISCIPLINARITY

Studies and Articles

Volume III

Section: LAW

”Petru Maior” University Press
2014

Communication, Context, Interdisciplinarity – 3rd Edition
ISSN 2069 – 3389

Edited by:
The Alpha Institute for Multicultural Studies
Moldovei Street, 8
540522, Tîrgu Mureş, România
Tel./fax: +40-744-511546
Email: iulian.boldea@gmail.com

Published by:
"Petru Maior" University Press, Tîrgu Mureş, 2014
Nicolae Iorga Street, 1
540088, Tîrgu Mureş, România
Tel./fax: +40-265-236034
Email: editura@upm.com
Computer design: Dumitru-Mircea Buda

Table of Contents

DEVELOPMENT OF THE MAGISTRATE'S INTIME CONVICTION IN THE CONTEXT OF NON-VERBAL COMMUNICATION
Marţian Iovan, Prof., PhD, "Vasile Goldiş" University of the West, Arad 9

DISCUSSION ON THE INSERTION OF AN ARBITRATION CLAUSE IN INDIVIDUAL LABOUR CONTRACT
Dan Ţop, Prof., PhD and Loredana Adelina Pădure, Assist. Prof., PhD, "Valahia" University of Târgovişte .. 30

REPRESENTATION IN PRIVATE LAW – THEORETICAL ASPECTS
Cristinel-Ioan Murzea, Prof., PhD, "Transilvania" University of Braşov 34

"HABITUAL RESIDENCE" - POINT OF CONTACT UNDER THE PROVISIONS OF THE ROMANIAN CIVIL CODE
Nadia-Cerasela Aniţei, Prof., PhD, "Dunărea de Jos" University of Galaţi 40

THE VICTIM'S RIGHT TO PREJUDICE REPARATION IN THE VIEW OF THE PRESENT DAY CIVIL CODE. CRITICAL PERSPECTIVE. COMPARED LAW
Sache Neculaescu, Prof, PhD and Adrian Ţuţuianu, Assoc. Prof., PhD, "Valahia" University of Târgovişte .. 49

THE LEGAL REGIME OF THE ACROSS BORDERS INSOLVENCY UNDER ECONOMIC GLOBALIZATION
Viorel Găină, Prof., PhD and Andra Maria Găină, Assist. Prof., PhD, University of Craiova 66

THE RIGHT TO FREEDOM AND SAFETY AND THE RIGHT TO DEFENSE IN THE VIEW OF THE PRESENT DAY CODE OF PENAL PROCEDURE
Anca Lelia Lorincz, Prof., PhD, "Al. Ioan Cuza" Police Academy, Bucharest 78

SOME CONSIDERATIONS REGARDING THE OFFENSE OF ILLEGAL REMOVAL OF TISSUES OR ORGANS, PROVIDED IN ARTICLE 384 OF THE CRIMINAL CODE
Ionuţ Andrei Barbu, Prof. PhD, Mihaela Rotaru, Assistant, PhD, "Al. Ioan Cuza" University of Iaşi 86

THE PARTICIPATION OF THE PUBLIC MINISTRY IN THE CIVIL LAWSUIT
Claudia Roşu, Prof., PhD., West University of Timişoara 92

ASPECTS OF SUCCESION RIGHTS OF THE SURVIVING SPOUSE IN THE LIGHT OF THE NEW CIVIL CODE
Cristinel-Ioan Murzea, Prof., PhD, "Transilvania" University of Braşov 109

FORAY IN ROMANIAN HISTORY OF CRIMINAL PUNISHMENT. BEATING – PENALTY IN CRIMINAL LAW
Florin I. Moldovan, Assoc. Prof., PhD, "Vasile Goldiş" University of the West, Arad 115

CONSIDERATIONS ON THE LAW NO. 43/2014 ON THE PROTECTION OF ANIMALS USED FOR SCIENTIFIC PURPOSES
Livia Mocanu, Assoc. Prof., PhD, "Valahia" University of Târgovişte 122

SUCCESSION OF FOREIGN ELEMENTS
Liviu-Bogdan Ciucă, Assoc. Prof., PhD, ”Dunărea de Jos” University of Galați 130

CONSIDERATIONS ON INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW
Nicolae D. Ploeşteanu, Assoc. Prof., PhD, ”Petru Maior” University of Tîrgu Mureş 137

THE CONSENT AND THE VICE OF CONSENT
Petru Tărchilă, Assoc. Prof., PhD, ”Aurel Vlaicu” University of Arad.....143

ADVANCE PAYMENT. LEGAL REGIME
Rada Postolache, Assoc. Prof., PhD, ”Valahia” University of Târgovişte.....148

THE LETTER OF GUARANTEE - MEANS OF ENSURING TAX LIABILITIES
Alexandru-Mihnea Găină, Assist. Prof., PhD, University of Craiova 156

RESPONSIBILITY OF STATES FOR NOT ENFORCING THE INTERNATIONAL JURISDICTION ACT
Denisa Barbu, Assist. Prof., PhD Student, ”Valahia” University of Târgovişte.....167

JUDICIAL PHILOSOPHY CONCEPTS IN WESTERN EUROPE (DURING THE 18TH AND 19TH CENTURY)
Adrian Boantă, Assistant Prof., PhD, ”Petru Maior” University of Tîrgu Mureş.....175

PRECAUTIONARY SEIZURE PROVIDED BY THE FISCAL PROCEDURE CODE – PRECAUTIONARY MEASURE OR LEGAL MORTGAGE
Alexandru-Mihnea Găină, Assist. Prof., PhD, University of Craiova 180

NOVELTY AND ORIGINALITY
Alin Speriusi-Vlad, Assist. Prof., PhD, Postdoc Researcher, West University of Timişoara 187

THE CONSTITUTIONALIZATION OF THE CRIMINAL PROCESS IN ROMANIA
Daniela Cristina Valea, Assist. Prof., PhD, ”Petru Maior” University of Tîrgu Mureş 198

CHILDREN’S RIGHTS PROTECTION: AN INTERDISCIPLINARY APPROACH
Alina Gentimir, Assist. Prof., PhD, ”Al. Ioan Cuza” University of Iaşi.....215

ESTABLISHING GENERAL MANDATORY ELEMENTS UNDER A SPECIAL INDIVIDUAL LABOR CONTRACT - LEGISLATION, PROCEDURE, PRACTICAL ASPECTS
Ana Ştefănescu, Assist. Prof., PhD, ”Dunărea de Jos” University of Galați.....223

THE MODES REFERRAL OF PROSECUTING AUTHORITY, UNDER THE NEW CRIMINAL PROCEDURE CODE
Ivan Anane, Assist. Prof., PhD, ”Ovidius” University of Constanța 234

TEHNIQUES OF ENFORCEMENTS OF INTERNATIONAL JURISDICTION ACTS
Denisa Barbu, Assist. Prof., PhD Student, ”Valahia” University of Târgovişte, Florin Octavian Barbu, Lawyer, Dâmbovița Bar.....240

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES
Maria-Magdalena Bârsan, Assist. Prof., PhD, "Transilvania" University of Braşov 252

SOME ASPECTS CONCERNING INVESTIGATION ON SITE IN CASE OF WORK ACCIDENTS BY ELECTROCUTION
Emilian Alexandru Bulea, Assist. Prof., PhD Student, "Valahia" University of Târgovişte 258

THE POSITION OF THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS' PROVISIONS IN THE ROMANIAN JUDICIAL SYSTEM
Ramona Mihaela Coman, Assist, PhD Student, "Petru Maior" University of Tîrgu Mureş.....268

LEGAL CERTAINTY AND LEGITIMATE EXPECTATIONS
Alexandru Florin Măgureanu, Assist. Prof., PhD, "Spiru Haret" University.....274

HEARING SYSTEM OF THE NEW CRIMINAL PROCEDURE CODE
Anane Ivan, Assist. Prof., PhD, "Ovidius" University of Constanța 280

LEGAL CONCERNS: WORLDWIDE COMPARATIVE APPROACH TO EUTHANASIA
Csanád Albert-Lőrincz, Assist. Prof., PhD, "Babeş-Bolyai" University of Cluj-Napoca.....288

"THE ILLICIT CONDUCT" – A CONCEPT REQUIRING AN INTERDISCIPLINARY APPROACH
Dana Diaconu, Assist. Prof., PhD, West University of Timişoara 296

THE RIGHT TO DECENT LIVING - FUNDAMENTAL RIGHT UNDER THE ROMANIAN CONSTITUTION
Daniela Cristina Valea, Assist. Prof., PhD, "Petru Maior" University of Tîrgu Mureş 305

THE THREAT OF ARMED CONFLICTS ON THE ENVIRONMENT. NUCLEAR, CHIMICAL, BIOLOGICAL AND ECOLOGICAL WEAPONS
Eugen Constantin, Assist. Prof., PhD, "Spiru Haret" University of Braşov 312

THE AGE OF THE PREGNANCY UNTIL AN ABORTION CAN BE LEGALLY PERFORMED. DEBATE. CONSEQUENCES
Ancuța Elena Franț, Assistant, PhD, "Al. Ioan Cuza" University of Iaşi.....320

THE SALE OF INHERITANCE. A FEW INTERESTING ASPECTS
Ilioara Genoiu, Assoc. Prof., PhD, "Valahia" University of Târgovişte 327

BRIEF CONSIDERATIONS IN DETERMINING THE MORE FAVORABLE LAW AND THE DECISION NO 265/2014 OF THE ROMANIAN CONSTITUTIONAL COURT
Iulia Boghirnea, Postdoctoral scholar "Acad. Andrei Rădulescu" Legal Research Institute of Romanian Academy, Assist. Prof., PhD, University of Piteşti.....337

SOME CONSIDERATIONS REGARDING THE NOTIFICATION OF THE HIGH COURT OF CASSATION AND JUSTICE TO DELIVER A PRIOR DECISION FOR THE SETTLEMENT OF A LEGAL PROBLEM

Licuţa Petria, Assist. Prof., PhD, ”Constantin Brâncoveanu” University of Piteşti 342

THE EFFECTS OF CLAIMING PROPERTY IN ROMANIA IN THE STRATEGIES FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT
Loredana Adelina Pădure, Assist. Prof., PhD, Adrian Ţuţuianu, Assoc. Prof., PhD, ”Valahia” University of Târgoviște.....351

THE VARIOUS VALENCES OF THE DECLARATION OF INVOKING THE RESCISSION
Luiza-Cristina Gavrilescu, Assistant, PhD, ”Al. Ioan Cuza” University of Iași.....354

THE IMPACT OF POLITICAL INSTABILITY IN SOME EUROPEAN STATES ON THE EVOLUTION OF THE EURO
Manuela Niţă, Assist. Prof., PhD, ”Valahia” University of Târgoviște.....361

THE LAW AS AN AXIOLOGICAL SYSTEM
Alexandru Florin Măgureanu, Assist. Prof., PhD, ”Spiru Haret” University.....367

THE CHANGE IN MATRIMONIAL REGIME IN THE REGULATIONS OF THE NEW CIVIL CODE
Mihaela Adriana Oprescu, Assist. Prof., PhD, ”Babeş-Bolyai” University of Cluj-Napoca.....374

COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE PRIOR DECISIONS FOR SOLVING CERTAIN LAW ISSUES AND THE DECISIONS ISSUED WITHIN THE REFERRAL IN THE INTERESTS OF THE LAW, IN THE CONTEXT OF THE NEW LEGISLATIVE REFORMS
Iulia Boghirnea, Postdoctoral scholar “Acad. Andrei Rădulescu” Legal Research Institute of Romanian Academy, Assist. Prof., PhD, University of Pitești.....382

STUDIES ON MEDIATION AT COMMUNITARIAN AND NATIONAL LEVEL
Oana Gălăţeanu, Assist. Prof., PhD, ”Dunărea de Jos” University of Galați.....388

THE GUARANTEE OF RIGHT TO MARRY BY ENSURING „THE RIGHT TO DIVORCE”
Roxana Gabriela Albăstroiu, Assistant, PhD, University of Craiova 394

CONSIDERATIONS ON THE CHALLENGE, ABSTENTION, DISMISSAL AND REPLACEMENT OF THE ARBITRATORS
Roxana Maria Roba, Assist. Prof., PhD, ”Petru Maior” University of Tîrgu Mureș.....403

CORRUPTION AND REGULATION OF ITS LEGAL FRAMEWORK IN OUR COUNTRY
Adriana Magdalena Sandu, Assistant, PhD Student, ”Spiru Haret” University 409

PARTICULARITIES OF CIVIL LIABILITY FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE
Iulia Florina Ţăpuș, Assist. Prof., PhD, ”Spiru Haret” University.....416

UNFAIR COMPETITION OFFENCE IN VIEW OF THE LAST CHANGES BROUGHT TO THE LAW NO. 11/1991 ON FIGHTING AGAINST UNFAIR COMPETITION, LAW ENTERED INTO FORCE ON AUGUST 9TH, 2014
Oana Gălăţeanu, Assist. Prof., PhD, ”Dunărea de Jos” University of Galați.....421

CONFLICTING NORMS REGARDING INHERITANCE
Alexandra Crişan, Legal Adviser 427

THE SOCIAL DIMENSION OF LAW
Andrea Kajcsa, PhD Student, "Petru Maior" University of Tîrgu Mureş 437

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: INTERNATIONAL EVOLUTION AND NATIONAL PERSPECTIVES
Aron Samu, PhD Student, "Babeş-Bolyai" University of Cluj-Napoca

THE INFLUENCE OF WESTERN CONSTITUTION IN DRAFTING POSTCOMMUNIST CONSTITUTIONS: THE CASE OF ROMANIA
Izabela Bratiloveanu, Postdoc Researcher, PhD, University of Craiova 448

CAUSES AND WAYS OF DISSOLUTION OF THE EUROPEAN ECONOMIC INTEREST GROUPING
Carmen Bărbieru, PhD Student, "Al. Ioan Cuza" University of Iaşi 457

EQUALITY NATIONAL BODY – ROMANIA CASE
Cătălina-Adriana Ivănuş, PhD Student, Academy of Economic Studies, Bucharest 463

ISSUES REGARDING THE JURISDICTION OF SOLVING THE BILL FOR PARTICION
Raluca Lucia Cismaru, Assist. Prof., PhD, University of Craiova 469

THE LEGAL EVOLUTION OF THE DONATION IN FRENCH LAW BEFORE NAPOLEON'S CODE
Codrin Codrea, PhD Student, Faculty of Law, "Al. Ioan Cuza" University of Iaşi 480

DIGNITY AND EQUALITY – TERMINOLOGICAL DISTINCTIONS FROM THE LEGAL PERSPECTIVE
Cristina Sâmboan, PhD Student, University of Economic Studies, Bucharest 488

THE CONSTITUTIONAL PROTECTION OF THE HEALTH RIGHT. COMPARATIVE LAW
Cristina Teodora Pop, PhD Student, "Al. Ioan Cuza" University of Iaşi 496

2015 AMNESTY OR PARDON – OBJECTIVE NECESSITY IN ROMANIA
Daniela Tarau, PhD Student, "Al. Ioan Cuza" Police Academy of Bucharest 505

QUICKSAND: ECONOMIC ANALYSIS OF LAW IN ROMANIAN CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS
Aron Samu, PhD Student, "Babeş-Bolyai" University of Cluj-Napoca 512

CERTAIN ASSESSMENTS RELATED TO PERSONALITY RIGHTS
Izabela Bratiloveanu, Postdoc Researcher, PhD, University of Craiova 519

THE MECHANISM FOR SOLVING THE DISPUTES RELATED TO THE DANUBE RIVER
ASSESSED RISK AND CRIMINAL GUILT. A BIOETHICAL APPROACH 534
Laura Stănilă, Postdoc Researcher, POSDRU ID 133255, PhD, West University of Timişoara

THE MANNER OF REFLECTION OF THE ISSUE OF WAR AUTHORS' RESPONSIBILITY IN THE TREATY OF VERSAILLES

Lavinia Andreea Bejan, PhD Student, PhD Fellow SOPHRD/159/1.5/133675 Project, Faculty of History, ”Al. Ioan Cuza” University of Iași 557

JUDICIAL CONTROL AND JUDICIAL CONTROL ON BAIL IN LIGHT OF THE PROVISIONS OF LAW NO. 135/2010 THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE
Gina Negruț, PhD Student, ”Titu Maiorescu” University of Bucharest 564

RESHUFFLING COMPETENCES: EUROPEAN UNION'S ACTORS AFTER THE ECONOMIC CRISIS
Simona Catană, PhD Student, Universite Paris 8, France

THE NECESSITY FOR THE EVOLUTION OF THE APPEAL IN THE INTEREST OF THE LAW AND FOR ESTABLISHING THE PRELIMINARY DECISIONS RELATED TO THE OBJECTIVE OF ACHIEVING AN EUROPEAN CIVIL CODE
Mariana-Daniela Sperilă (Crăciunescu), PhD, University of Craiova 582

ASSISTED HUMAN REPRODUCTION AND THE BEST INTEREST OF THE CHILD
Maria Lavinia Tec, PhD, West University of Timișoara 592

THE PRINCIPLE OF LIABILITY FOR BREACH OF COMMUNITY LAW
Ionuț Tudor, PhD Researcher, ”Al. Ioan Cuza” University of Iași 602

SOCIAL ROLES AND FUNCTIONS REQUIRED BY MEDIA FREEDOM OF EXPRESSION IN LIBERAL DEMOCRACIES
Valentina Chiper, PhD, Postdoc Researcher, Romanian Academy 610

DELIBERATIVE DEMOCRACY IN ROMANIA
Vasile Pleșca, Scientific Researcher III, PhD, Romanian Academy, Iași Branch 620

THE HARMONIZATION OF THE ROMANIAN CIVIL CODE PROVISIONS WITH THE INTERNATIONAL SALES LAW
Emanuela Iftime, PhD Student, “Al. Ioan Cuza” University of Iași 626

THE SOCIAL STATE PRINCIPLE AND RECENT TENDENCIES IN THE LAW MAKING PROCESS IN ROMANIA
Nicolae Scutea, Assist. Prof., PhD, Romanian-German University of Sibiu 635

DEVELOPMENT OF THE MAGISTRATE'S INTIME CONVICTION IN THE CONTEXT OF NON-VERBAL COMMUNICATION

Marţian Iovan, Prof., PhD, "Vasile Goldiș" University of the West, Arad

Abstract: The author of this paper tackles the concept of intime conviction of the magistrate (judge, prosecutor) and relevant aspects of the etiology and practical importance of its content, as a subjective basis for establishing judicial questioning tactics that help the magistrate in his/her decision-making. By approaching the process of intime conviction development as part of an interpersonal communication system, the author analyses the contribution of interpreting nonverbal, extra-semantic clues given by the person being questioned and by all participants in courtroom debates, to the detection of feigned behaviors and the subsequent adjustment of questioning, paving the way for the development of an intime conviction. Consequently, improving hearing and questioning practices for the accused, the investigated, and witnesses involves professional control and self-control in terms of eye contact, facial expression, gestures, stance, paralanguage, touching, proximity and dress, in order to masterfully achieve specific goals in delivering justice.
In addition to subjective, intrinsic, personality-specific factors, the development of intime conviction also entails extrinsic factors, among which are the magistrate's ethical values and deontological code. The author analyzes how fundamental ethical values of the judiciary – Independence, Impartiality and Integrity – can stimulate the completion of intime conviction, whereas if magistrates stray from ethical norms, this might generate distortions of intime conviction, resulting in judicial errors. The magistrate's moral duplicity may be expressed outwardly through specific nonverbal and paraverbal clues, which might be interpreted correctly by an expert psychologist.

Keywords: intime conviction, questioning, feigned behavior, nonverbal clues, judicial decision.

1. Introduction

Convictions are superior components of motivation, with a cognitive, affective and value content, embodied in ideas that are deeply rooted into the structure of personality. An idea becomes a conviction only when an individual sees it as a value, a subjective certainty that can be justified with arguments believed to be unshakeable / uncontestable.

Convictions, according to the classification of an American psychologist (Abraham H. Maslow, 1954), are placed in the superior category of motivation, and are related to spiritual, ethical, knowledge or self-awareness needs. Convictions operate as *force ideas*, as *value ideas*, and are equivalent to a person's needs, professional and personal ideals, worldview, and religious faith; they are actualized as motives in action, especially when the person is in the position to make certain decisions or is engaged in a conflict of values. Under such circumstances, the stronger, more unshakeable convictions shall act, to a greater extent, in orienting decisions and choices, and justifying options. A conviction is constantly promoted by a person, and when it is contradicted or attacked by others, this person will go to great lengths to defend it.

The ***intime conviction*** of an investigator or magistrate is a force idea, value idea, correlated to good faith, which develops gradually during criminal prosecution and judicial investigation, as new direct and indirect evidence is gathered to ensure the ascertainment of truth and a correct judicial decision. In this context, we may agree to the following definition given to the *intime conviction* of a magistrate / investigator:

In law, *intime conviction* is the psychological state of persons who are responsible for applying laws, based upon good faith, who are reconciled to their own moral conscience, which has guided them in ascertaining the truth, by using legal means, and in taking legal measures required by the established state of affairs."[1]

A favorable social and institutional framework for the development / consolidation of the magistrate's *intime conviction* is one in which human and civil rights are guaranteed, in which the constitutional principle of separation of powers is consistently applied and in which the principle of magistrate independence, impartiality and integrity is respected – as magistrates shall only be subject to laws.

The *intime conviction* of an investigator or judge is a cognitive/value-related motivational formation, based on good faith and constituting the source of opinions, evaluations, circumscriptions and personal options for each member of the panel during deliberation, motivating judicial decision. Deliberation carried out by the judge after the conclusion of debates is centered, first and foremost, on matters of fact (i.e. those closely related to evidence) and then on matters of law, regarding the classification of the crime and the application of the due sentence. Complete sufficiency and coherence of evidence is the objective basis for reconciling the magistrate to his/her own moral conscience, for shaping an *intime conviction* that the solution to the case is just and equitable.

In judicial practice, the process of developing the *intime conviction* of the investigator or judge is not a straightforward and uniform process. Several obstacles may prevent the shaping and development of a conviction regarding juridical truth, such as the absence of direct evidence, the intelligent and creative duplicitous behaviors of certain defendants during the process of judicial investigation, the pressure of public opinion, the contrary or contradictory character of the *intime convictions* of the two protagonists in a legal battle (the prosecutor and the defense lawyer) in terms of how the case should be solved, the prosecutor or lawyer's attempts at taking advantage of the sensibilities and weak points of magistrates etc. If the magistrate did not develop a definitive *intime conviction*, the case must be reprised or re-docketed. The legislator foresaw the event of re-docketing cases in which magistrates did not succeed in developing an *intime conviction* after the debates had ended, the final pleas had been delivered on both sides, and the defendant's last word had been heard – as a subjective and moral basis for reaching a legal decision.

As a conclusion that may be drawn from the above-stated, we might suggest that G. F. W. Hegel – a great classic German philosopher of law –, expressed an historical truth by

[1] Tudorel Butoi. (2004), *Interogatoriul. Psihologia confruntării în procesul judiciar (Questioning. The Psychology of Confrontation in Judicial Trials)*, Bucureşti: Editura Pinguin Book, p. 152.

writing that the duty of deciding must fall to subjective conviction and conscience (*animi sententia*), and when the evidence rests on depositions and statements, the oath, though a subjective confirmation, is ultimate.[2]

Therefore, the basis for the *intime conviction* underlying the judicial solution, from a psychological perspective, is the thorough knowledge, by law enforcers, of the principles and laws governing the psychology of personality and small groups, the use of specific psychological techniques, their own morality and good faith, as marked by professional honesty (*honeste vivere)*, rightful intention, diligence, legitimacy and abstention from producing damage to others. *Intime conviction* is a result of gathering and interpreting evidence, testing the truth of testimonies and statements by the parties involved, evaluating and cross-examining the various reports of participants in the criminal trial.

The management of communication occurring among participants in the judicial process, by magistrates, is an essential component of factors that may influence the development of *intime conviction*. This study will now turn to the analysis of aspects influencing the development of the magistrate's *intime conviction*, which are due to nonverbal communication and the magistrate's struggle with himself/herself on a subjective, psychological plane, in order to preserve his/her independence and integrity.

2. Interpreting nonverbal clues, feigned behavior and the *intime conviction*

The interpersonal relationship between the investigator and the investigated essentially presupposes communication. Practically, the act of justice is achieved through the agency of communication, which is ubiquitous in pre- and post-criminal phases, in criminal prosecution, in courtroom debate sessions, in judicial investigation, in deliberation, in a prison environment or in the work of reeducating reinserting criminals onto the labor market. For these reasons, elements of communication psychology shall condition the transition from the science of law to the mastery and art of organizing judicial investigation, hearing witnesses, managing the confrontation between the two lawyers, communicating in the courtroom etc., in the sense of increasing the efficiency and quality of the act of justice.

Communication, as transmission of information from one person to another, has a verbal component (due to the use of language) and a nonverbal, extralinguistic one (beyond the use of words), or, in other words, it has a semantic and an extrasemantic component. In verbal (oral or written) communication, importance is attached to the choice of words, to how sentences are build, these resulting in great differences among individuals in terms of ability to verbalize, styles of verbal communication, capacity for subtle, nuanced expression. Concomitantly to verbal communication, we involuntarily and, most of the times, unconsciously use a variety of signals (termed clues), which pertain to nonverbal / extralinguistic communication. The scope of nonverbal clues is composed of expressions of eye contact between the interlocutors, facial expressions, gestures, poise, paralanguage,

[2] Hegel, G.F.W. (1963), *Principiile filosofiei dreptului (Elements of the Philosophy of Right)*, Bucureşti: E.A.R., p.256.

touching, proximity, dress, body contact, head movements, the person's physical appearance, the odor emitted by the communicator.

Nonverbal communication codes are limited to face-to-face communication, having two functions (John Fiske, 1990):

The first, as we have seen, is to convey indexical information. This is information about the speaker and his or her situation through which the listener learns about her or his identity, emotions, attitudes, social position, and so on. The second function is interaction management. The codes are used to manage the sort of relationship the encoder wants with the other. By using certain gestures, posture, and tone of voice, I can attempt to dominate my fellows, be conciliatory towards them or shut myself off from them.[3]

Nonverbal expressions are perceived, may be observed and, to a certain extent, ascertained by the interlocutor, whether s/he is a magistrate, an investigator, a lawyer, a defendant, a victim, a witness or an expert. Messages and information transmitted through nonverbal clues may be consistent with what is expressed in words; they may strengthen and nuance certain meanings of verbal communication. There are, however, frequent instances in the process of judicial investigation, in the wording of a witness's testimony, in the contradictoriness of the judicial trial, where inconsistencies, incongruities, oppositions occur between the two types of communication. These may appear in the case of feigned, duplicitous behaviors and lies. Yet, an investigator or magistrate endowed with flair, professional tact and intuition may observe and interpret the deceptive nature of the expressive manifestations of the defendant's affectivity / personality, may adopt changes of tactics during the process of questioning or hearing, or new procedures in conducting investigation, thus enhancing his/her opportunity to perform well in achieving his/her professional mission.

In their turn, the defendant or any of the litigating parties, provided they have psychological training, experience in the field of communication, a certain amount of "practice in nonverbal communication", may certainly draw meanings from the nonverbal or paraverbal communication of the prosecutor who runs the judicial investigation, of the judge or president of the court. In some cases, the persons investigated as parties in the litigation, attempted to take advantage of such manifestations of the magistrate's nonverbal conduct; as such, they changed their attitude and tactics, and they invoked evidence of infringement of the principles of impartiality and integrity on the part of those magistrates. Examples of such nonverbal manifestations are frequent in judicial communication: the investigator raising his/her voice, the use of subtle irony, the use of a deceptive question; repeated approval (as shown by the judge nodding his head) of the reports of one witness; threatening glances in communication with one of the parties; gestures and facial expressions of the investigator, implying that he is under the influence; the alternation of proximity (distance) between the parties (for example, a judge allows the prosecutor to approach and enter his private space, while the defense lawyer is required to keep the official distance); certain facial expressions

[3] Fiske, John. (1990), *Introduction to Communication Studies*, Londra – New York: Routledge, Cap. IV, p. 92.

and smiles with approving significations, in communication relations with a defendant who is a minister etc.

The interpretation of such nonverbal displays by a neutral observer, by an expert psychologist, or by journalists, raises doubts as to the objectiveness, independence, impartiality and integrity of some magistrates. Yet, in cases where the ethics and deontology of magistrates are adulterated by certain perturbing factors in communication, the magistrate's process of developing his/her *intime conviction* will certainly escape the regulating control of his/her good faith. This serves to show how important it is for the magistrate to have some knowledge of communication theory and judicial psychology, in order for his/her professional activity to attain the level of professional mastery, effectiveness, efficiency and desirability, as social expectation.

We shall rest, as follows, upon a few components of nonverbal communication in the conduct of judicial investigation and courtroom debates:

- **eye contact** between the interlocutors (police officer – suspect, judge – witness, prosecutor – defendant, lawyer – expert, criminal – victim etc.) is one of the most powerful nonverbal clues, and an indicator of emotions, interests and intentions. The length, orientation and type of eye contact, the object of an interlocutor's visual focus while s/he speaks have an informative value for the investigator / magistrate. Likewise, the avoidance direct eye contact, switching one's focus from one object to another, long glances, striking gazes, the barring of eye contact may have play important parts in communication that is specific to interpersonal relations of opposition and confrontation. The most relevant functions of eye contact (according to Argyle - 1975) are the following:

a) it expresses emotions and other affective processes;
b) it regulates the flow of conversation;
c) it provides feedback to the speaker on what s/he has communicated,
d) it reciprocally informs participants in a dialogue on the nature of their relations.

Interpreting the clues derived from eye contact is a matter of probability. Thus, it is believed that closely watching an object or a movement is a sign of interest / attention, while eye contact would respond to the interlocutor's need for approval, the frequency of eye-blinking and eyebrow-shifting might express certain feelings, relaxed eye muscles when eyes are not wide open would express sympathy for the interlocutor, pupil dilatation would express pleasure caused by the interlocutor's presence, fixed and vacant stares would be indicative of withdrawal from reality, downcast eyes might show humility, guilt or shyness etc. Such clues appear to the background of verbal communication and can be interpreted by any of the participants in the dialog. For this reason, eye control must be cultivated, educated and censored by all those who work in the judiciary, so as to not allow themselves to be approached, „read" and interpret by the accused, false witnesses etc. Awareness of the meanings attached to clues resulting from eye contact and their use in the magistrate's professional dealings might have higher pragmatic valences.

A magistrate's promotion of the 'supremacy of the law' principle, of neutrality and equidistance from the parties involved in a trial, of good faith, is externalized in natural, neutral, distributive glances, according to the correct application of the procedure, which

requires communication to be subordinated to it; a magistrate's eye contact with another party to the trial must not leave room for possible interpretations of partiality in favor or against that party. A neutral observer, the defendant in the case or the press might immediately start to doubt the independence and impartiality of the magistrate, if s/he avoids to look in the direction of one party and instead insistently and repeatedly gives "positive", "admiring" glances to the other party, or absently looks out the window while the lawyer of one of the parties pleads, or looks frowningly and defiantly at the defendant when his lawyer demonstrates the existence of extenuating circumstances, or admiringly focuses on the prosecutor involved in the case (who is known to be a friend of the judge's), or if the first time that he lifts his eyes from the file, since the very beginning of the trial, is when the high dignitary accused of corruption is brought before the court etc. Such expressions of "eye-to-eye" communication may become suspicious to one of the parties in the courtroom or to an independent observer, and are often taken as premises for attacks on the magistrate's professional integrity. The press or hostile pressure groups know how to make use of such nonverbal expressions of the magistrate in order to attain their purposes.

- facial expressions can take a large number of possible forms, which carry specific messages. There are certain facial expressions which bear the same meaning everywhere in the world; in other cases, the facial expressions of affective processes (emotions, feelings, passions) are culturally determined (by habits, traditions, collective mindsets). The range of possibilities for expressing feelings, emotions or moods through facial expressions is extremely wide. In this respect, there are well-known, typical facial expressions for fear, anger, threat, curiosity, sadness, astonishment, surprise, happiness, contempt, pessimism etc. Facial indicators provide feedback in the interpersonal contact taking place in a judicial investigation office or during courtroom debates, and they can reciprocally adjust the conduct of those involved in criminal prosecution / criminal trials, adapting communication according to the signals received from the sender (prosecutors, judges).

For the investigator or judge, facial expressions displayed by the accused, by a false witness, by persons that are very close to the accused, have interpretable, decodable meanings. This is even truer if the magistrate has thorough psychological knowledge and experience. Common people have natural, genuine facial expressions, while suspects and false witnesses, under the pressure of virtual punishment, shall frequently attempt to play the part of a common person, that is, to convert psychological states, emotions and other primary affects that unconditionally accompany immoral and illicit behaviors, into contrary expressions. But for this to happen, the accused has to be a very good actor. Even with talent for acting, it is impossible for contrary signals, evidently artificial and compromising, to be muffled completely. The duplicitous attitude of the criminal may be relatively easily identified by an experienced investigator, who has benefited from sound psychological training, by analyzing the meanings of facial expressions that appear when he has to respond to questions that trigger certain emotions.

Criminals may also harness communication skills, especially as regards nonverbal communication, resulting either from the nature of their profession (in the case of physicians, sociologists, psychologists, journalists, priests etc.), or from thorough knowledge of this field.

As such, magistrates must have, in their professional dealings, a fair amount of self-control over their conduct as interlocutors, so as to avoid the emergence of nonverbal communication breaches, which might then be interpreted by the investigated to their advantage, and followed by changes in their tactics. This might hinder the attainment of performance in judicial or criminal investigation.

- **poise** – the position of the body, reactions in which the entire human participate, positional echo, gait, gestures, are all indicators and ways of communicating information that is auxiliary to what is transmitted verbally, and which may be intentional but which, most often, are unconscious, unconditioned forms of communication. The position of the body (standing, slanting, sitting etc.) may indicate tiredness, drowsiness, hyperactivity, increased attention, empathy towards the speaker, assumption of the master role in communication, defiant attitude etc. Poise, combined with gestures made by the participants in communication, transmits the most subtle of signals, such as attitudes of approval / disapproval, reactions of affirmation / negation, feelings of apprehension / expectation, trust / distrust, hatred / desperation, offensive / defensive attitudes, joy / sadness etc.

Stance and gestures are dependent on the interlocutors' status. Generally, listeners (the accused, the suspect) have the tendency to make less gestures than speakers; this also applies to those who hold an inferior status in the communication, with respect to those who have a superior status, or to those who have no authority, with respect to those who are officially vested with authority by the state (magistrates).

Gait, in connection to gesticulation and the reaction speed of the subject who communicates and receives information, emotions and feelings, provides clues on certain psychological particularities of the person at that moment. Speed of movement, pace changes, elasticity and ampleness of gestures, firmness of steps, alternation of forms of movement, are clues to the neuropsychological mobility, to the temperamental profile, to the person's level of energy and affective configuration. For example, a firm, fast gait, with ample and lively steps indicates a good mood, self-confidence and optimism. On the other hand, a slow gait, with small steps, might signify a lack of energy, old age, depression, sadness. In many cases, affective shock can trigger gait dysfunctions.

- **touching and proximity** give relevant clues to the nature of affective relations, to the presence of attitudes, interests, feelings in those who communicate. The reflex of touching the interlocutor expresses a certain emotion or affective mood which might take the form of a greeting, a kiss on the hand, a caress, spontaneous and unconditioned touch etc. In social gatherings, touching, as a part of communication, and also as a part of communication between the sexes, is regulated by moral norms. It may be remarked that touching might signal not only gender and age, but also social status. The most frequent situation is when people with a higher social status are those who initiate touching (by stretching out their hand, by amicably patting the interlocutor on the back, by wrapping their arm around the person's shoulder etc.), while people with a lower social status allow themselves to be touched, but will not initiate acts of touching. In interpersonal relations occurring as part of a judicial investigation, in communication taking place throughout a criminal trial, touching transmits

complex signals in a criminal – victim relation. A defendant's initiative of touching the prosecutor, or a police officer touched by a suspect, are rarities. Instead, settling on a range of touching techniques practicable by investigators is crucial for attaining the goals of questioning, for creating, in the investigation office, a socio-human ambient that favors communication and, especially, trust. In this area, as well as in public spaces pertaining to law enforcers, touching is rationalized, stylized, subject to voluntary self-control, and targeting the accomplishment of professional goals.

In general, reciprocal touching expresses affective relations, of closeness, solidarity, friendship, affective attraction of varying degrees. In relations of conflict, emotionally triggered touches are absent; the tendencies of persons and groups are centrifugal and tend towards separation. In the case of communication in the investigation office or in the courtroom, communication is oppositional and expresses the magistrate's authority over the other interlocutors. Inasmuch as touching occurs, it is rationally and professionally regulated, and it is normally initiated by the person in authority.

Proximity, i.e. closeness allowed between the prosecutor and the defendant, between the judge and the defense lawyer, between the police officer and the witness etc., is another form of extraverbal communication that provides information about social relations among the participants, their affective states, reciprocal attitudes etc. According to habits and mindsets, in any society, there is an outlook on private space, which the individual strives to protect, and this includes the optimal distance between participants in a dialogue. The degree of relatedness and friendship seems to influence interpersonal distance. The more intimate, familiar or friendly a relationship is, the more distance and private space decrease. In the case of court-specific communication, private space and proximity, albeit not legally regulated, are traditionally managed by a respect induced by the prevalently institutional character of relations and by the specific authority of a state institution.

In judicial communication, several forms of expression by touching and adjusting proximity have raised questions from neutral observers, the press or litigants, with regard to the impartiality and deontology of magistrates. Thus, for example: the judge involved in solving a case of corruption had her hand kissed by the accused within the premises of the court; the prosecutor and the defendant had a tête-à-tête during the intermission of an opera show; the judge and the defense lawyer communicate, in the courtroom, by sitting on chairs at a distance of 30-40 cm (while the official distance between the should be approximately 10 times longer, and the lawyer must not sit unless invited to do so by the magistrate); the young judge was caressed by an unmarried doctor, charged with bribery; the judge and the lawyer of one party to the trial had been seen, during the evening before the trial sessions, dining in an expensive restaurant; the judge and the father of the young men charged with involuntary manslaughter had been seen hunting together; the prosecutor and the defendant had been seen playing tennis on a weekly basis etc.

Such elements of communication come to incite public feelings of distrust in the act of justice and become subjects of tabloid reports.

- **paralanguage**, i.e. speech particularities that refer to verbal flow, tone, rhythm, pauses, reprisals, speech modulations, transmits additional information to what sentences

convey. Certain strong emotions – such as anger, hatred, terror, anxiety, elation etc., are externalized in specific intonations, and may cause stammering, incorrect use of language or repetition. When the speaker is hesitant about the reaction his collocutor will have, this may result in pauses or space fillers such as "err...", „umm...", „or maybe not, err, or umm, uh...". The emotional state of the communicator unconsciously leaves its mark on the actual timbre of the voice: positive emotions are reflected by a warm and resonant timbre, whereas a negative emotion, such as anger, is marked by a strident, loud timbre.

The rate of speech or verbal flow is a way of communicating information. Slow speech may be indicative of insecurity, prudence, tiredness etc., whereas fast speech might mean that the magistrate is worried and anxious. "Precipitous" speech, pauses in verbal flow, pronunciation, fluency offer clues as to cognitive processes, temperamental profile, the dynamics of affective life, demonstrating how useful paralanguage is in inter-human communication. The importance of paralanguage for the judicial and criminal investigation and the criminal trial as a whole clearly results from the analysis of the hypothesis that these might be conducted only on the telephone or only in writing. In such situations, no meanings could be drawn from nonverbal communication clues, with their entire wealth of virtual interpretations.

In some cases, paralanguage that occurs in the communication of magistrates may provide elements that infirm good faith or their efforts of finding sufficient evidence and support leading to the development of *intime conviction*, based on the re-establishment of the truth resulting from the sufficiency of necessary evidence. Such judicial trials take place in times of social revolutions, in the case of judging political leaders, highly reputed personalities in culture, science, religion, economics etc. (for example: a high priest of the Catholic Church, charged with child abuse; the president of a world bank, charged with rape; a great director, a world champion in sports, charged with robbery or assault; a politician – senator, president of the state, minister – charged with involuntary manslaughter; a president of a state or high dignitary, charged with corruption etc.). Trials focused on solving such cases involve communication between participants in the courtroom, among which are two authorities: the functional authority of magistrates and the informal, specific authority of a prestigious personality, accompanied by the authority of his/her official position (or a "shadow" that is left of it). The extraverbal conduct and especially the paralanguage of magistrates throughout criminal investigation and courtroom debates may undergo certain deviations from standard procedure. A good example in this respect is the trial of Nicolae Ceaușescu and other historical personalities of the same type (Saddam Hussein, H. Mubarak etc.). From the perspective of the panel and the rioting crowds, that trial was legitimate, whereas the accused considered it not only illegitimate, but also illegal. Such instances of communication, including paraverbal, are an example of how criminal investigations and judicial debates must not be conducted. Even though the trial was started under political pressure and on command, the magistrates and the other "judges" involved should have demonstrated, in a manner that included nonverbal and paraverbal expressions, that they were independent, impartial, integrous, and bearers of the dignity of their position. However, expressions such as: raising one's voice, timbre, trembling speech, pauses, stammering,

reprisals, phrasing, alternations of speech rate, menacing facial expressions etc. can be interpreted as signs of professional insecurity, noncompliance with standard procedures, bad faith arising from hatred, vengeance and anxiety, caused by the presence of a historical character, deemed evil by the magistrates.

The communicator's personality is also expressed in **dress, jewelry, hairstyle, tattoos, hygiene habits, physical appearance.** The following text contains self-evident truths:

Another way that we can communicate with one another, without the use of words, is through dress. We are all familiar with the various uniforms which are used to signal that someone is occupying a particular role in society: a policeman, nurse or traffic warden for example. But other forms of dress may also communicate information about the person/ someone in a professional job, for instance, like a solicitor, will tend to dress neatly and in a particular kind of style, while someone who has a more physical job is unlikely to be seen wearing a suit except on very special occasions. So by "reading" the ways that people dress, we make judgments about them which give us a rough guide on how to interact with them. [4]

Elements of dress, such as cut, blending of colors, neatness, adherence to fashion trends, accessories etc., provide various clues about an individual's material and professional status, about how they wish to be perceived by others, enabling one to extract from it psychological meanings that are useful to the exercise of law enforcers' professional roles.

A magistrate's status is institutionally recognized, a judge or prosecutor's profession being identified by signs, symbols, dress, color (the goddess of justice, the balance, the robe, the logo, the stamp etc.). Standardization, to a certain extent, of a magistrate's role has continuity up to the level of options for dress to be worn within the premises of the institution, including hairstyle and jewelry. All these must be contained within the limits of decency, common-sense esthetics and hygiene. In practice, some exceptions were found, such as: a judge who returned to the court from a mystical-religious session of the so-called mission for the spirit's integration into the absolute (MISA), negligently dressed and with an unusual hairstyle; the prosecutor who came to work after a night of playing poker, shabbily dressed, reeking of cigarette smoke and wearing an earring; a judge wearing an excess of head, neck, hand and leg jewelry, exuding an intoxicating perfume odor; the negligent dress (no tie, shirt hanging partially from the trousers, dusty shoes etc.) of an inebriated magistrate, combined with specific, inappropriate poise and gestures etc. All these expressions of nonverbal communication may be interpreted in the sense that the main concern of the magistrate is not to accomplish a qualitative act of justice but, rather, their addiction to certain hobbies or even vices. Receiving such interpretations, the public will again question the credibility of the act of justice, the transparency of communication in the judiciary and the fairness of some judicial decisions whose actors are persons such as those exemplified above. One must, however, emphasize the fact that, in

[4] Hayes N., Orrell, Sue. (1997), *Introducere în psihologie (Psychology: An Introduction)*, Bucureşti: Editura All Educational, p. 294.

order to optimally accomplish an act of justice, greater importance must be attached to the interpretation, by magistrates, of nonverbal expressions manifested by defendants and false witnesses, of the extraverbal conduct of parties confronting one another in a trial. The identification of duplicitous expressions and feigning is a form of talent and professional mastery in magistrates and investigators.

Consequently, the complex knowledge of the interlocutor's personality, implicitly during the process of judicial and criminal investigation, the observation and interpretation of nonverbal clues in the scope of communication will favor the development of psychological abilities and skills, as obligatory parts of professional mastery for prosecutors, judges, police officers, and lawyers. Such activities will condition the obtainment of superior performance, through creative use of the entire set of knowledge, techniques, procedures that define the professional competence of law enforcers in solving a case; at the same time, they will pave the way to the shaping of the magistrate's *intime conviction* and to reaching the right judicial solution.

3. Ethical values and the deontological code – a system of reference in the development of the magistrate's *intime conviction*

A magistrate's mastery of information in the field of legal sciences and of the procedures required for accomplishing an act of justice is not sufficient for ensuring the professional success expected by other institutions of the state and by the general public, as this kind of knowledge has a prevalently instrumental role and is not a purpose in itself. Ever since justice has existed, the conduct of a magistrate has been perceived and evaluated by institutions, organizations, litigants, public opinion, independent observers, as being the most important factor in accomplishing justice and in securing the credibility, efficiency and effectiveness of the judiciary. For these very reasons, a magistrate's profession is much more than the application of legal sciences, while observing official procedures; it depends essentially on extrascientific factors that are part of the magistrate's moral and professional personality structure: belief system, general orientation of his/her personality, ethical values underlying his/her personality and guiding his/her entire professional conduct, creed and view on society, life and the world at large.

A magistrate's efforts to research and analyze, in good faith, the pieces in a file, with the intent of discovering the truth, resulting from evidence and reasoning, the corollary of which is the completion of *intime conviction* – as a necessary support for making a decision to solve the case, can only produce the desired effects in interaction with ethical and deontological values. Among the main ethical values that guide and coordinate the professional conduct of the magistrate, as results from the most important deontological codes[5], national and international magistrate statutes[6], universal declarations of principles for

[5] See the *Deontological Code of judges and prosecutors*, The Official Gazette of Romania, Part I, no. 815 of 8 September 2005 and *Codul deontologic al magistraţilor. Ghid de aplicare (The Deontological Code of Magistrates. Application Guide)*, coord. magistrate Florin Costiniu, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2007.
[6] See the *Universal Statute of the Judge*, adopted by the International Association of Judges, Taipei, 1999.

the conduct of judges and prosecutors[7], Constitutions of democratic states[8], conventions and charters on magistrate ethics[9], are: independence, impartiality, integrity, decency, equality, competence and diligence (*The Bangalore Principles*, 2001). Many of the moral values and virtues, as illustrious philosopher of law (H.L.A. Hart, 1961) highlighted, are qualities consisting of the ability and disposition to carry forward beyond the limited extent which duty demands the kind of concern for other's interest or sacrifice the personal interest which it does demand. Benevolence and charity are examples of this. Other moral virtues, like temperance, patience, courage or conscientiousness are in a sense ancillary – they are qualities of character shown in exceptional devotion to duty or in the pursuit of substantive moral ideals in the face of special temptation or danger.[10]

Ethical values make up the essential part of the moral and professional culture of magistrates, with the special mention that the two components of magistrate culture are complementary, so that together they make an indivisible whole. The gaps that might appear in this whole are a certain source of straying from the right way of taking judicial decisions. Not at all coincidentally, before starting to practice their profession, judges and prosecutors take an oath that is charged with ethical significance: "I do solemnly swear that I will respect the Constitution and the laws of the country, that I will defend the fundamental rights and freedoms of each and every person, that I will fulfill my duties with honor, conscience and without partiality. So help me God!". The basis of the deontological obligations assumed by the oath taker is the cardinal ethical value, which may be God for Christians, supreme good or absolute justice for others.

The decision of a young graduate of Law, who has completed all phases of post-university training that are required for acceding to a magistrate position, and who decides to take the specific oath, means that s/he has understood the Constitution and the laws of the country, that s/he masters not only the letter, but also the spirit of laws, that s/he is convinced of their legitimacy and value for the development of society. Likewise, it means that s/he consciously and assuredly adheres to a constitutional/legal system, as a necessary element for him/her to serve fundamental human rights and freedoms. In other words, from a secular point of view, the supreme value of justice is the human being; and on a practical plane – it is actual people, equal before the law, and holders of fundamental rights and freedoms. The magistrate is someone who has sworn to fulfill his/her duties with honor and without partiality, in the service of people. The essence of the conscience assumed by the magistrate is represented by ethical values, materialized in the morality and deontology that are specific to the magistrate career. Consequently, a magistrate who abides by this oath will have to consider ethical issues, arising from his/her good faith, in the efforts of developing an *intime conviction* –

[7] See the *Bangalore Principles of Judicial Conduct*, 2001 and the *Guidelines on the role of prosecutors*, adopted by the 7th Congress – UN, Havana, 1990.
[8] See the *Constitution of Romania*, 29 October 2003, the Official Gazette of Romania, Part I, no. 758.
[9] See the *Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms*, Rome, 4 November 1950 and the *European Charter on the Statute for Judges*, adopted by the Council of Europe, Strasbourg, 8-10 July, 1998.
[10] See Hart, H.L.A. (1999), *Conceptul de drept (The Concept of Law)*, Chişinău: Editura Sigma, p. 179.

necessary for making a decision, for establishing a professional sentence, thus contributing to the consolidation of trust in the justice system among the general public.

On the other hand, numerous situations appear when the deontological norms of magistrates, be they prosecutors or judges, are violated, which public opinion debates present as deviations from the moral principles of independence, impartiality and integrity, followed by the diminution of the citizens' confidence in a fundamental institution of a state subject to the rule of law, which is the judiciary. Such deviations from deontological norms by some magistrates raise doubts about their good faith and indicate an adulteration in the development of *intime conviction*, which might constitute, in some cases, a source of suffering, detriment and infringement on the freedom of one of the litigating parties.

The perennial ethical values of magistrates (Independence, Impartiality, Integrity) have the duty of coordinating and regulating conduct in the relations occurring between one magistrate and another; between magistrates, on the one hand, and litigants, witnesses, lawyers, experts, interpreters and diverse observers interested in the quality of the judicial process, on the other hand; between magistrates and public servants in other institutions of the state; between magistrates and mass-media representatives; between magistrates and representatives from various NGOs, organizations of civil society.

The independence of the magistrate – as a fundamental ethical value – from a psychological point of view – is a durable state of mind, a professional attitude, functionally correlated to his/her good faith, which paves the way to the development of *intime convictions*, as a subjective basis for making judicial decision. The magistrate's attitude and spirit of independence must be manifested, without exception, in any kind of intervention, influence or pressure coming from the outside. A magistrate's responsibility is to apply the law, to make decisions on the basis of law, his/her own conscience, facts, evidence and truth, without allowing himself/herself to be subordinated or influenced by superiors or colleagues in the judiciary, by civil servants, dignitaries, journalists, friends, relatives or one of the litigating parties. The *Constitution of Romania* consecrates the independence of judges: judges are independent and shall only obey the law [Art. 124 par. (3)]. Hence, the independence of a magistrate is a fundamental personality characteristic which is externalized in relations with any natural or artificial person, with any institution of the state or civil society, with any litigating party, and, temporally, throughout the entire jurisdictional activity, including activities that are prior and posterior to public procedure.

The independence of a magistrate has a personal side and a functional one, it has a subjective component and an institutional one, being correlated to the independence of the panel and with the independence of judicial power, which is specific to the rule of law – the certain guarantee for fair judgment. International documents of the highest importance stipulate, as ethical rules of conduct for magistrates:

1.1. A judge shall exercise the judicial function independently on the basis of the judge's assessment of the facts and in accordance with a conscientious understanding of the law, free of any extraneous influences, inducements,

> pressures, threats or interference, direct or indirect, from any quarter or for any reason. [11]

Observance of the *Bangalore Principles*, the *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* (approved by the General Assembly of the UN on 29 November, 1985) or the *Deontological Code of Judges and Prosecutors* – 2005, should naturally be reflected in the exemplarity and quality of the act of justice, in a stronger public trust in the judiciary, without which the independence of judicial power cannot be maintained. Yet, in reality, various cases of infringement have occurred, signaled both by magistrates, and by the mass-media, which have acted as factors that might prejudice the independence of either the magistrate, or a judicial institution, or even the judiciary as a system. Such phenomena have been and might be: the existence of deficiencies in selecting magistrates, which allow the entrance of pseudo-jurists into the system; blasé magistrates and their failure to adapt their professional culture to the new requirements brought about by the renewal of legislation, the judiciary or the expectations of society; adherence of some magistrates to mystical communities or political orientations; comments and disclosures in the mass-media; interference by the president of the court or the main prosecutor in the criminal investigation or in courtroom debates; interference by a fellow magistrate; threats received from a pressure group; interference by a parliamentary group, minister or on behalf of the government; the message of a political leader; introduction of material liability for malpractice in the professional conduct of magistrates; proposal of money or other undue advantages (payment of a trip for the judge's family; the magistrate is invited to hunting parties abroad; payment of tuition fees for the magistrate's son, who is studying abroad etc.); the magistrate's adherence to certain vices (drug use, alcoholism, gambling etc.); belief in the inferiority or superiority of a human race or ethnic group; attendance of circles of politicians, masons, racketeers; friendly or interest-based relations with one of the litigating parties; the judge's friendship with the prosecutor – as indicated by them entering the courtroom together; tolerance of racism, xenophobia, religious discrimination etc. in court. All these phenomena have extra- and paraverbal components, interpretable by an expert psychologist; they may be perceived by the "public eye" or by an informed and independent observer, and create the appearance of influences, raising doubts about the magistrate's good faith and acting as inhibiting, perturbing factors in the development of his/her *intime conviction*.

On the other hand, impartiality, as an overarching ethical value of conduct, unless it becomes a durable state of mind and a vectorial attitude in the conscience and professional behavior of the magistrate, may have the undesired effect of deceptiveness, accompanied by nonverbal expressions, characteristic of persons infringing on moral and disciplinary norms.

In definitions provided by dictionaries, impartiality is equivalent to a person's quality of being objective, impartial and equidistant in thought and judgment. This logical meaning of the notion is also true in the judiciary: impartiality is a durable state of mind and attitude of the magistrate that categorically demands him/her to have no prejudice or bias, to favor or

[11] See the *Bangalore Principles of Judicial Conduct*, 2001.

disfavor no one, to be objective, honest, correct, and impartial. The content of the concept of magistrate's impartiality is complementary to the notion of independence.

Impartiality, as a fundamental ethical value of magistrates' conduct, is defined and theorized in some of the most important international and national documents in the field. Thus, as an indispensable principle to the exercise of the judicial function, both throughout the stages leading to judicial decision, and in the justification of this decision, impartiality is thus presented:

2.1. A judge shall perform his or her judicial duties without favor, bias or prejudice.

2.2. A judge shall ensure that his or her conduct, both in and out of court, maintains and enhances the confidence of the public, the legal profession and litigants in the impartiality of the judge and of the judiciary. [12]

Likewise, the *Deontological Code of judges and prosecutors in Romania*, reiterates, in full accordance with juridical documents and the jurisprudence of international courts, that magistrates must be impartial in exercising their professional duties, that they shall "abstain from any behavior, action or manifestation likely to negatively affect confidence in their impartiality" [Art. 9, alin. (2)].

Regulated by the perennial ethical values of justice, by the specific deontological code, the conduct of magistrates shall not fail, shall produce justice, shall ensure the effectiveness and efficiency of judicial acts; the good faith of magistrates shall function unadulterated, shall not give rise to doubts, shall be open to transparency, but, in judicial practice, there are also factors that might adulterate or undermine impartiality. Numerous magistrates, as well as other categories of jurists, journalists, professors of law, various informed and neutral observers have raised awareness about aspects pertaining to the conduct of some magistrates which raised doubts about their impartiality, for instance: the magistrate has an interest in the case; the judge is active in listening only when communicating with one of the parties; the judge has one of the parties as a tenant in one of his apartments; the judge has intimate relations with the lawyer of one of the parties; the judge and the defense lawyer are friends and frequently spend their free time together; the judge and the defendant are members of the same homosexual community; the judge was sponsored by the defendant for publishing a book; the judge pronounces the sentence since the very beginning of debates; the judge is related to one of the parties; the judge has published his option and convictions regarding the inferiority of a race or ethnic group; the judge does not analyze some of the pieces of evidence in the file of one party, claiming that they are not relevant; the judge participates in solving a case where one of the parties is the son of a colleague; the judge (former rape victim) has a rapist as a litigant in the trial she presides over; the judge's wife is in the same parliamentary Commission as the accused, who is charged with involuntary manslaughter; a party to the trial is a colleague and childhood friend of the judge etc. However, the magistrate's good faith, as an attitude and system of ethical convictions, generates the capacity to reject such distorting

[12] *Ibidem.*

factors of impartiality, favoring the development of an intime conviction based exclusively on truth, evidence, support and logical reasoning.

Another fundamental ethical value in coordinating the work of magistrates is integrity. In dictionary definitions, integrity is understood as the quality of being honest, moral, incorruptible, and having a personality guided by moral values. A magistrate's integrity, as a state of mind, as a durable and prevalent attitude in his relations with himself/herself, with others and with the society in which s/he lives, is reflected in the consistency between his/her words and his/her deeds, between his/her verbal, professional and extraprofessional behavior – as a consequence of being guided by ethical values, both professionally and personally.

The main international ethical and legal documents emphasize integrity as a *sine qua non* component in the exercise of the judicial function:

3.1 A judge shall ensure that his or her conduct is above reproach in the view of a reasonable observer**.**

3.2. The behavior and conduct of a judge must reaffirm the people's faith in the integrity of the judiciary. Justice must not merely be done but must also be seen to be done**.**[13]

The magistrate's integrity is an obligatory moral and personality trait and a prerequisite for the exercise of the judicial function. This also results from other international and national documents, such as: the *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* (UN Principles) – 1985; the *Constitution of Romania* – 2003; the *Deontological Code of judges and prosecutors* – 2005. Integrity is part of a unitary system of moral values, of an axiological paradigm that regulates the magistrate's verbal and behavioral conduct, which includes, in addition to independence and impartiality, other correlative ethical values, such as decency, honesty, correctness, loyalty, solidarity with one's fellow humans etc. The application of this paradigm of value by a judge or prosecutor, by the judiciary at country level and by each of the institutions composing it, is a gauge for the quality and efficiency of judicial activity, for the degree of public trust, and for an informed and objective observer's confidence in the judicial power.

Yet, both professionally and extraprofessionally, there have been prosecutors and judges who demonstrated inconsistencies between their words and their deeds, between their professional status and how they responded to the requirements of this status, feigned behaviors and moral duplicity. Such were the cases of magistrates who were caught practicing group intercourse; who frequented Masonic societies, or clubs owned by racketeers and infamously harboring prostitution and drug use; who repeatedly initiated quarrels with their family and neighbors; who maintained friendly relations with a rich racketeer, charged with human trafficking; who requested and received "small gifts" from persons of dubious character; who behaved in ways that contravened to common mores; who were known for

[13] *Ibidem*.

their frequent quarreling with fellow magistrates; who participated, as spectators, in striptease shows; who, by repeated *ad hominem* attacks, undermined the professional dignity of their colleagues; who dressed inappropriately to their position while inside the institution; who participated in pyramid games etc. Such behaviors, manifested until the sentence is pronounced, and implicitly throughout the phases that are preliminary to the public procedure of the trial, may contribute to the distortion of judicial decision. They may result in omissions, substitutions of information, shallow analysis of files, incoherence, and inadequacy in logical reasoning and analysis and in justifying judicial decision. All these are negatively reflected in the process of development and completion of the magistrate's *intime conviction* and, in some cases, have generated regrettable judicial errors, thus contributing to a public lack of confidence in the performance of the judiciary and to a failure to meet society's expectations with regard to the function of judicial power.

Conclusions

The efforts of prosecutors and judges, in collaboration with other persons (police officers, lawyers, witnesses, experts, interpreters etc.), for ascertaining the deeds of the accused, the relations between criminals and their victims, between the two litigating parties, as accurately and objectively as possible, for correctly evaluating the damage incurred by the victim, are regulated by good faith, by ethical values, by the deontological norms of the jurist profession – as internal factors of the magistrate's personality. The conviction and attitudes of magistrates, as dominant traits of character, as vectors of value for their personalities and as intrinsic, axiologically oriented motives, should be durable states of mind, based on superior feelings, oriented by an ideal of life, by their view on human condition, society and the world, which guides all professional dealings of magistrates. A case is solved in the process of recreating facts and gathering evidence, the final product of which is the *intime conviction* of the magistrate – the subjective support for adopting a judicial decision.

Relations between one magistrate and another, between a magistrate and the accused, between a magistrate and participants in the trial involve verbal, nonverbal and paraverbal communication. All throughout the trial, any communicator and any recipient, be they magistrates or litigants, lawyers or witnesses, transmit and receive verbal and extraverbal messages. The more experienced an interlocutor is in communication, the more specialized, skilled or interested s/he is, the more able s/he will be to decode and interpret the nonverbal expressions of glances, gestures, poise, touching, proximity, stance, or dress. The defendant may express, through his nonverbal conduct, during the judicial investigation, certain manifestations that betray his sincerity; a skilled investigator may identify a duplicitous attitude or a feigned behavior. Sometimes, the reverse situation may also occur: the defendant, endowed with presence of mind and a rich culture of communication, may interpret certain nonverbal clues as "gaucheries" in the behavior of investigators or magistrates, and change his/her tactic accordingly. Representatives of investigational press, as well as informed and objective observers, are capable of decoding certain nonverbal expressions of magistrates,

which betray their good faith, or to highlight an opposition between what some magistrates do and the fundamental ethical values they have adhered to by oath.

The magistrate's good faith, correlated to the accumulation of sufficient evidence for justly solving the case, the existence of evidence-based logical argumentation, are prerequisites for the development and completion of the magistrate's *intime conviction*. In this cumulative process, the magistrate's system of ethical values (Independence, Impartiality and Integrity) has the role of guiding and orienting his/her professional activity. Any deviation from ethical values and deontological principles, by committing acts such as those exemplified in this study, may adulterate not only the *intime conviction*, but also the judicial decision. In rarer cases, detachment from or underestimation of the ethical-axiological system may result in grave and regrettable judicial errors or in a narrow juridical technicism, entirely dependant on the "letter of law", lacking perspective and, as such, likely to be materialized in "mechanical" sentences, mostly controversial and, sometimes, unfair from the viewpoint of the "spirit of law".

Finally, another practical conclusion can be drawn, namely: the professional training of jurists in general, and magistrates in particular, should include, in terms of undergraduate and postgraduate education, the assimilation and application of knowledge on judicial psychology, sociology of law, logic, ethics and professional deontology, philosophy of law. Just as physicians are responsible for the health of the population, magistrates are responsible for the "health of society" or for remedying anomic states existing in society. Their profession needs to be permanently updated to new realities, which requires continuous learning and improvement, knowledge of the novelties having emerged in juridical culture and of its complementarities with perennial ethical values, with the principles of professional deontology and with the new expectations of the public as regards the quality of juridical services.

References

1. Argyle, M. (1978), *The Psychology of Interpersonal Behavior*, Second Edition, Harmondsworth: Penguin.
2. Bogdan, Tiberiu. (1973), *Probleme de psihologie judiciară (Matters of Judicial Psychology)*, Bucureşti: Editura Ştiinţifică.
3. Burton, G., Dimbleby, R. (1988), *Between Ourselves: An Introduction to Interpersonal Communication*, London: Edward Arnold.
4. Butoi, Tudorel. (2004), *Interogatoriul. Psihologia confruntării în procesul judiciar (Questioning. The Psychology of Confrontation in Judicial Trials)*, Bucureşti: Editura Pinguin Book.
5. Buş, Ioan. (1997), *Psihologie judiciară (Judicial Psychology),* Cluj-Napoca: Presa Universitară Clujeană.
6. Chiş, Andreea Annamaria, Moţu, Flavius-Iancu. (2008), *Comunicarea profesională în justiţie. Aparenţa de imparţialitate în contextul comunicării dintre judecători şi avocaţi (Professional communication in the judiciary. The appearance of impartiality*

in the context of communication between judges and lawyers) in Copoeru, Ion, Szabo, Nicoleta (coord.). (2008), *Etică şi cultură profesională (Ethics and Professional Culture),* Cluj-Napoca: Casa Cărţii de Ştiinţă, pp. 167-177.

7. Ciopraga, Aurel. (1996), *Criminalistica. Tratat de tactică (Forensic Science. A Treatise of Tactics*), Iaşi: Editura Gama.

8. Copoeru, Ion, Szabo, Nicoleta (coord.). (2008), *Etică şi cultură profesională (Ethics and Professional Culture),* Cluj-Napoca: Casa Cărţii de Ştiinţă.

9. Danileţ, Cristi. (2008), *Imparţialitatea – obligaţie şi virtute a judecătorilor (Impartiality – an obligation and virtue of judges)* in Copoeru, Ion, Szabo, Nicoleta (coord.) (2008), *Etică şi cultură profesională (Ethics and Professional Culture),* Cluj-Napoca: Casa Cărţii de Ştiinţă, pp. 178-191.

10. Dworkin, Ronald. (1998), *Drepturile la modul serios (Taking Rights Seriously)*, Chişinău: Editura ARC.

11. Elliott, Catherine, Queen, Frances. (2002), *Criminal Law*, Fourth Edition, Great Britain: Pearson Education Limited.

12. Fiske, John. (1990), *Introduction to Communication Studies*, Londra – New York: Routledge.

13. Gheorghe, Florian. (1996), *Psihologie penitenciară (Penitentiary Psychology),* Bucureşti: Editura Oscar Print.

14. Goffman, E. (1969), *Behavior in Public Places. Notes on the Social Organization of Gatherings*, New York: Free Press.

15. Goldman, A.H. (1979), *Justice and Reverse Discrimination*, Princeton: Princeton University Press.

16. Hart, H.L.A. (1994), *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford: Clarendon University Press.

17. Hayes N., Orrell, Sue. (1997), *Introducere în psihologie (Psychology: An Introduction)*, Bucureşti: Editura All Educational.

18. Hegel, G.F.W. (1963), *Principiile filosofiei dreptului (Elements of the Philosophy of Right)*, Bucureşti: Editura Academiei Române.

19. Iovan, M. (2007), *Psihologie judiciară (Judicial Psychology)*, Arad: "Vasile Goldiş" University Press.

20. Ivan, Loredana. (2009), *Competenţa în comunicarea nonverbală (Competence in Nonverbal Communication)*, Bucureşti: TRITONIC Grup Editorial.

21. Kant, Immanuel (1995), *Critica raţiunii practice. Întemeierea metafizicii moravurilor (Critique of Practical Reason: Groundwork of the Metaphysics of Morals)*, Bucureşti: Editura IRI.

22. Luca, Sofia, Bolancea, Diana-Magdalena (2008), *Deontologia magistratului (Deontology of the magistrate)* in Pivniceru, Mona-Maria şi Luca, Cătălin – coord. (2008), *Deontologia profesiei de magistrat. Repere contemporane (Deontology of the Magistrate Profession. Contemporary Landmarks)*, Bucureşti: Editura Hamangiu.

23. Malaurie, Philippe. (1997), *Antologia gândirii juridice (Anthology of Judicial Thought)*, Bucureşti: Humanitas.

24. Mitrofan, N., Zdrenghea, V., Butoi T. (1992), *Psihologie judiciară (Judicial Psychology)*, Bucureşti: Casa de Editură şi Presă "Şansa" S.R.L.
25. O'Sullivan, Tim, Hartley, John, Saunders, Danny, Montgomery, Martin and Fiske, John. (2001), *Concepte fundamentale din ştiinţele comunicării şi studiile culturale (Key Concepts in Communication and Cultural Studies)*, Iaşi: Editura Polirom.
26. St. Paul the Apostle, *First Epistle to the Corinthians*.
27. Popa, I. (2007), *Tratat privind profesia de magistrat în România (Treatise on the Magistrate Profession in Romania)*, Bucureşti: Editura Universul Juridic.
28. Rădulescu, Alexandrina. (2008), *Unele aspecte privind evaluarea comportamentului judecătorilor din perspectivă calitativă (Aspect of evaluation of the behavior of judges from a qualitative perspective*), in Copoeru, Ion, Szabo, Nicoleta (coord.) (2008), *Etică şi cultură profesională (Ethics and Professional Culture),* Cluj-Napoca: Casa Cărţii de Ştiinţă, pp. 256-268.
29. Rusnac, Svetlana. (2000), *Psihologia dreptului (Psychology of Law),* Chişinău: Editura ARC.
30. Sibana, Alexandra. (2008), *Despre etica juridică a practicienilor din domeniul dreptului (On the juridical ethics of law practitioners),* in Copoeru, Ion, Szabo, Nicoleta (coord.) (2008), *Etică şi cultură profesională (Ethics and Professional Culture),* Cluj-Napoca: Casa Cărţii de Ştiinţă, pp. 191-209.
31. Singer, Peter (ed.). (2006), *Tratat de etică (Ethics)*, Iaşi: Polirom.
32. Singer, Peter. (1979), *Practical Ethics*, Cambridge: Cambridge University Press.
33. Vedinaş, Verginia. (2007), *Deontologia vieţii publice (The Deontology of Public Life)*, Bucureşti: Editura Universul Juridic.

Normative documents

1. *The Constitution of Romania*, 29 October 2003, The Official Gazette of Romania, Part I, no. 758.
2. *Law no. 303* of 28 June, 2004 on the status of judges and prosecutors, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 576 of 29 June, 2004.
3. *Convention for the protection of human rights and fundamental freedom*, Rome, 4 November 1950.
4. *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, approved by the General Assembly of the UN on 29 November 1985.
5. *Universal Statute of the Judge*, adopted by the International Association of Judges, Taipei, 1999.
6. *The Bangalore Principles of Judicial Conduct*, 2001.
7. *The Deontological Code of judges and prosecutors*, The Official Gazette of Romania, Part I, no. 815 of 8 September, 2005.

8. *Codul Deontologic al magistraţilor. Ghid de aplicare (The Deontological Code of Magistrates. Application Guide)*, coord. magistrate Florin Costiniu, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2007.
9. *Guidelines on the role of prosecutors*, adopted by the 7th Congress – UN, Havana, 1990.
10. *European Charter on the Statute for Judges*, adopted by the Council of Europe, Strasbourg, 8-10 July, 1998

DISCUSSION ON THE INSERTION OF AN ARBITRATION CLAUSE IN INDIVIDUAL LABOUR CONTRACT

Dan Țop, Prof., PhD and Loredana Adelina Pădure, Assist.

Prof., PhD, "Valahia" University of Târgoviște

Abstract: Many optional clauses, although are not covered by the Labour Code and labour law as special provisions they may be used in practice.
On those terms, in the context of relieving the courts, is of a real interest the discussion if it is possible an arbitration clause (arbitration) that the individual labour contract parties undertake to settle by arbitration disputes which may arise between them.
However, we believe that we can not exclude de plano the existence of an arbitration clause in individual employment contract provided that they do not seek the waiver of a right by the employee, such as for clarifying the meaning of some clauses of the individual labour contract and not by the employer, which may give, for example, of a claim for compensation from his employees. It requires that the legislature, restricting the scope of art. 38 of the Labour Code to the rights established by law, and not those recognized by law, as currently - to govern by a rule of principle, contained in the Labour Code, possibility of solving any individual labour dispute by alternative means such as arbitration as it does on collective labor disputes .

Keywords: arbitration clause, individual labour contract, individual labour dispute.

1. Introduction

Any employment contract contains[1] two types of terms: essential clauses which are included in all contracts and covenants, the latter forming the conventional left to the agreement of the parties, but with legal compliance, of the collective agreement, public order and morality.

The insertion of such clauses in individual employment contract content "is not legally possible, penalty that comes being the nullity of the contract either wholly or that clause," for example[2], the clause that would prohibit law parties to address the court[3].

But many optional clauses[4], although not covered by the Labour Code and Labour Law as special provisions may be used in practice.

---

* Prof. Ph.D. Valahia University of Târgoviște
**Lecturer Valahia University of Târgoviște
[1] Dan Țop *Employment Law - Social Security Law*, second edition, Bibliotheca Publishing House, Târgoviște, 2013, p 121
[2] D. Moțiu, *Individual law of labour*, Bucharest, CH Beck Publishing House, 2011, p. 143
[3] Radu Popescu *Labour Law. University Course*, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2011 p 83
[4] Alexandru Țiclea, *Treaty of Labour law*, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2012., p. 419.

On those terms, in the context of relieving the courts, the discussion if possible an arbitration clause is important(arbitration) that the individual labour contract parties undertake to settle by arbitration disputes which may arise between them.

2. The arbitration agreement effects

The main effect of the arbitration agreement is the exclusion of jurisdiction of the court which would be, in the absence of the arbitration clause, jurisdiction to resolve the dispute between the parties. It must be stressed however that this is not a definite exclusion of the jurisdiction of state courts, because to admit otherwise it would be a violation of free access to justice.

There are exempted, to be subject to the arbitration clause, according to Art. 542 para. 1 of the Civil Procedure Code, disputes concerning rights which the parties may not dispose. It might say that, given the provisions of art. 38 para. 2 of the Labour Code, according to which, the employees can not waive their rights which are recognized by law. Any transaction that seeks waiver of rights recognized by law or limit these rights is invalid ", an arbitration clause is inadmissible, at the conclusion of the individual labor contract negotiations and its subsequent insertion through an addendum in such a contract, according to art. 549 of the Code of Civil Procedure.

In legal literature it was noted that, unlike the collective labour conflicts, individual labour disputes can not be resolved by arbitration"[5] court intervention to ensure balance between the mutual benefits of the parties[6], being the only way of resolving conflicts between parts of the individual employment contract.

However, we believe that we can not exclude de plano the existence of an arbitration clause in individual employment contract provided that they do not seek the waiver of a right by the employee, such as for clarifying the meaning of clauses of the individual labor contract and not by the employer[7], which may be waived, for example, that a claim for compensation to his employees.

An arbitration clause may produce legal effects in the event of a finding of invalidity of the individual employment contract; Possible situation given that art. 57 para. 6 of the Labour Code provides, nullity and establishing, by law, its effects by mutual consent "[8].

They could not understand how it would be possible conflict mediation of the rights the parties may have to resolve labour disputes, according to art. 73 para. 2 of Law no. 192/2006 on mediation and the mediator profession[9] and an arbitration same thing tends to be inadmissible.

Extraprocesual mediation agreement obtained can be subjected to scrutiny by the court as art. 59 paragraph 2 of Law no. 192/2006, shows that the parties may appear before the court to ask them to make a decision to sanction the deal. Since it can resolve an individual

[5] Onica Chipea Lavinia, *Legal regime of individual labour conflicts,* Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2012, p 99

[6] Raluca Dumitriu, *Perspectives on the subject of labour and its delimitation from other branches of law*,in Dreptul no. 3/2014, p 105-119

[7] Onica Chipea Lavinia, p 114

[8] Dan Țop *Employment Law- Social Security Law*, first edition, Bibliotheca Publishing House, Targoviste, 2012, p 152.

[9] Published in the Official Gazette, Part I, no. 831 of December 3, 2009

labour conflict, of course not involving legal rights through an alternative route such as mediation, it can not be seen why such a conflict resolution can not be subject to an alternative route namely arbitration.

It should be noted that unlike the conflicts of rights, collective labor conflicts can be resolved by alternative pathways regulated by art. 166-180 of Law. 62/2011, social dialogue[10], among them being and arbitration.

3. The arbitration procedure

The arbitration procedure is a special procedure, rules governing it having a strict interpretation and application, the Arbitral Tribunal is notified by the claimant, which means it can not be seized by the declination of jurisdiction by a court. ,, Only when in the arbitration clause, as special procedure it is not passed the arbitration court incompetence material can not be waived and therefore decline jurisdiction."[11]

To the extent that, in conducting the arbitration proceedings, it appears the need for regulations that lack both from the arbitration agreement and from the common law of arbitration (...), the arbitrators may draw on relevant rules of civil procedure[12].

Fixing the first hearing in the arbitration proceedings shall be after reading the written stage, better said after checking the preparation stage of the proceedings or, where applicable, after completion of the file."[13]

The arbitral award shall be enforceable and forecloses just like a judgment, according to art. 615 of the Code of Civil Procedure

If we admit the possibility of such a clause, category permissive rules seems to be practically useless, because the Romanian private law rule, which is not prohibited is allowed without the need for a special rule governing this permission. "It is axiomatic that the current Romanian law, the law does not prohibit everything is permitted."[14] Being so well positioned employee is not prohibited by law so allowed.

In legal literature, without referring strictly to arbitration, it was expressed the view that both parties of the individual labour contract and the service of the report, so all employees and employers who do not want to settle individual labour conflict by judicial process they can settle it by themselves ..."[15]

[10] Published in the Official Gazette, Part I, no. 322 of 10 May 2011, as amended and supplemented.

[11] Ploieşti Court of Appeal, Civil Decision no. 61/19.01.2010, jurisprudenţa.com

[12] A. Severin, *Considerations on regulatory arbitrage in the New Civil Code of Procedure status, with special regard to institutional arbitration*, in Dreptul no. 1/2011, p 45

[13] Maria Fodor, Corina Florenţa Popescu, *First hearing in the civil.Fixing and practical consequences* in Pandectele Romane no. 2/2014, pp. 45-62.

[14] Alexandru Ţiclea, *The opportunity of the employer to revoke his decision to dismiss* in Romanian Journal of employment, no. 2/2014, pp. 15-20

[15] Ana Stefanescu, Laura Georgescu, Corneliu Benţe, *Some considerations on amicable negotiation in individual labour conflicts - with and without mediation* in the Romanian Magazine of Labour Law no. 2/2014

Any transaction that would establish rights below those required by law or applicable collective labor contract is absolutely void because, as expressed in the doctrine[16], the legislature does not prohibit waiver of a right won, but only giving up its right given by the law, that only the minimum of a right.

On the other hand, ...as long as the law does not prohibit, it is acceptable that are allowed transactions on employer rights and the exercise of these rights."[17]According to the view[18] according to which some categories of issues regarding labour rights, can do, in case of conflict, the mediation subject, they can do just as well the subject to arbitration.

Arbitration can be effective in individual rights conflict concerns only rights that employees exclusively through the individual employment contract or where the dispute occurs only when an alleged violation of a right granted by the individual employee's employment as a result of individual negotiation, granting of rights covered by law or collective agreement or to establish a higher level than that established in rights in Labour law - law and collective agreement."[19]

For labour law, common law is civil law and consequently civil procedural law[20]. In this respect it should be noted that Article 216 of Law no. 62/2011, social dialogue law[21] states that its provisions on the procedure for resolving individual labour conflicts appropriately is complemented by the Code of Civil Procedure.

Finally we have to highlight the application in practice to arbitration on labour rights, for example, no.93/29.10.2007 handed down by the Court of Arbitration of the National Union of Handicraft Cooperatives - UCECOM.[22]

Art. 38 of the Labour Code does not apply[23] to employee rights whose legal source (obligational) is exclusively individual employment contract, excluding the rights expressed which are the expression are those provided by collective agreement.

4. Conclusion

It requires that the legislature, restricting the scope of art. 38 of the Labour Code to the rights established by law (and not those recognized by law as currently)[24] - to govern by a rule of principle contained in the Labour Code, possibility of solving any individual labor dispute by alternative means such as arbitration as it does on collective labor disputes.

Also, the ferenda law courts of arbitration may be established and operated , in addition to Labour inspectorates.

---

[16] Al. Athanasiu, M. Volonciu, L. Dima, O. Cazan, *Labour Code. Comment on articles*. Vol I. Articles 1-107, C. H. Beck,Publishing House, Bucharest, 2007, p 190.

[17] Cristina Casian, *Mediation in labour relations* in Romanian Journal of Private Law, no. 3/2013

[18] Al. Athanasiu, M. Volonciu, L. Dima, O. Cazan, op. cit., vol II, 2011, p 442.

[19] Cristina Casian *art.cit. over*

[20]Alexandru Țiclea, *The necessity of codification of laws on labour jurisdiction* in Romanian Review of Labor Law, no.3/2012, p 24.

[21] Republished in the Official Gazette, Part I, no. 625 of 31 August 2012.

[22] Court of Appeal Bucharest, Civ. sent.No 55/2008, portal.just.ro

[23] Cristina Cassian *art.cit. over*

[24] Ion Traian Ştefănescu, *Theoretical and practical Treaty of Labour* Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2012, p 890

REPRESENTATION IN PRIVATE LAW – THEORETICAL ASPECTS

Cristinel-Ioan Murzea, Prof., PhD, "Transilvania" University of Braşov

Abstract: All the definitions given to the representation institutions refer to the main characters of this institution, namely the representative and the represented, but, in reality, the representation portrays by putting in equation three characters including the third party to whom the representative concludes the document in the name and on behalf of the represented. The technical and legal mechanism of representation should be considered unitary, including the parties agreement, which implicitly assumes the representative ability to conclude that legal act.

Keywords: mandate, subrogation, representation, legal institution, agreement.

Reprezentarea este o instituţie juridică ce conturează de multe ori fizionomia raporturilor juridice cu multiple forme de manifestare, îmbrăcând haine juridice diferite, în funcţie de ramura de drept în care se realizează.

Reprezentarea sugerează ideea unui „absent considerat totuşi prezent"[1] ca urmare a mecanismului tehnic care îi este propriu.

În acest context ne raliem opiniei formulate de prof. I.Deleanu care, referindu-se la reprezentarea în raporturile juridice în general arată că aceasta „constă în faptul că o persoană urmăreşte validarea intereselor altei persoane, fizice sau morale, acţionând în numele, în locul şi în contul acesteia, putând-o chiar obliga, în temeiul unei puteri ce i-a fost conferită prin convenţie – reprezentarea convenţională – printr-o hotărâre a instanţei – reprezentarea judiciară – sau prin lege – reprezentarea legală"[2].

Când ne referim la reprezentarea în acte juridice, continuă acelaşi autor „aceasta constă în faptul că o persoană numită reprezentant, face un act ale cărui efecte se răsfrâng direct asupra altei persoane, numită reprezentat[3].

Într-o formulare sintetică definind instituţia reprezentării prof.Gabriel Boroi arată că aceasta este „procedeul tehnico-juridic prin care o persoană (reprezentantul) încheie un act juridic în numele şi pe seama altei persoane (reprezentat), efectele actului juridic astfel încheiat producându-se direct în persoana celui reprezentat".[4] Constatăm aşadar că definiţiile ce se dau reprezentării se referă la personajele principale ale acestei instituţii, respectiv reprezentantul şi reprezentatul, dar, în realitate, reprezentarea se înfăţişează prin punerea „în ecuaţie" a trei personaje adică şi a terţului cu care reprezentantul încheie actul în numele, în locul şi pe seama reprezentatului[5].

[1] C. Murzea, E.Poenaru, Reprezentarea în dreptul privat, Ed.CH Beck, Bucureşti, p.1
[2] I.Deleanu, Ficţiunile juridice, Ed.All Back, Bucureşti, 2005, p.443
[3] Ibidem
[4] G.Boroi, Drept civil. Partea generală. Persoanele, Ed.All Beck, Bucureşti, 2002, p.216
[5] C. Murzea, E.Poenaru, op.cit, p.1

Mecanismul tehnico-juridic al reprezentării trebuie aşadar considerat ca fiind unitar, el cuprinzând acordul de voinţă al părţilor, care în mod implicit presupune şi o abilitate a reprezentantului de a încheia respectivul act juridic. În acest context, între personajele principale ale reprezentării intervine practic substituirea, subrogaţia, care are ca scop tocmai încheierea actului juridic dorit de către o persoană în locul şi pe seama altei persoane.

Menţionăm ca atare că ceea ce se produce prin reprezentare este tocmai o disociere între persoana care suportă consecinţele actului – adică reprezentatul – şi persoana care încheie actul respectiv – reprezentantul; act încheiat cu un terţ, cu excepţia situaţiei în care reprezentantul încheie actul pentru care a fost abilitat cu sine însuşi, situaţie în care practic lipseşte cel de-al treilea personaj din acest mecanism.

Reprezentarea are forme diverse de exprimare în varii raporturi de drept privat cum ar fi cele de drept civil, de drept comercial, sau de drept procesual civil.

În acest sens prof. I. Leş subliniază în mod întemeiat că „reprezentarea judiciară constituie o formă particulară a reprezentării civile, fapt pentru care această instituţie nu este considerată uneori ca având un caracter pur procesual[6].

Teza de mai sus, îşi găseşte fundamentul în doctrina clasică a dreptului procesual civil prin opiniile consacrate ale unor valoroşi teoreticieni precum Savely Zilberstein, Ilie Stoenescu, Ion Gratian Porumb care arătau faptul că reprezentarea civilă se realizează într-o diversitate de forme, iar atunci când ea are loc în procesul civil, deşi dobândeşte o serie de trăsături specifice care o individualizează şi îi conferă o fizionomie aparte chiar prin trăsături esenţiale ea îşi dezvăluie apartenenţa la marea familie a instituţiei reprezentării civile. În acest context este evident că procedeul tehnico-juridic al reprezentării îşi păstrează identitatea, indiferent dacă are loc în legătură cu săvârşirea de către reprezentant a unor acte civile, comerciale sau procesuale[7].

Principiul care consacră caracterul personal al angajamentelor contractuale şi ale efectelor acestora consacrat de reglementările tuturor codurilor civile nu împiedică însă ca persoanele să poată fi înlocuite la încheierea unui contract sau la încheierea unui alt tip de act juridic de către o altă persoană.

Concluzionând cele de mai sus opinăm că atunci când actul juridic este încheiat de o persoană pentru alta, astfel ca efectele lui juridice să se producă direct în profitul sau contra acesteia, înlocuirea care se produce se numeşte reprezentare.

Această instituţie juridică se înfăţişează ca un mijloc juridic care permite unei persoane să realizeze, servindu-se de voinţa altuia, acelaşi efect ca şi cum ar fi acţionat ea însăşi[8].

Reprezentarea are o importanţă deosebită în câmpul relaţiilor juridice private căci datorită ei, persoanele incapabile de a încheia acte juridice, fiind lipsite de discernământ, precum minorii sau interzişii, pot deveni în mod direct creditori sau debitori faţă de terţii cu care încheie asemenea acte reprezentanţii lor legali[9]. Este la fel de utilă şi pentru o persoană care se află în imposibilitate de a încheia un anumit act ce îi este necesar, acest lucru fiind însă

[6] I. Leş, Tratat de drept procesual civil, Ed. All Beck, Bucureşti, 2001,p.114
[7] C.Murzea, E Poenaru op.cit., p.2
[8] M.Planiol, G.Ripert, Droit civile francais, Tom VI, Paris, 1930, p.71
[9] Vezi Noul Cod civil, art.43 al.2-4

posibil printr-o procură ce o dă unei persoane care are calitatea de reprezentant, el putând astfel deveni parte a actului respectiv.

Astfel, se facilitează o gamă variată de activităţi juridice prin instituţia reprezentării care se înfăţişează în diferite raporturi juridice în ipostaze dintre cele mai diverse precum sunt cele ce urmăresc promovarea intereselor persoanelor fizice sau juridice, când putem avea mandatar, mandatar social, administrator, sechestru, tutore girant, concesionar sau reprezentant al creditorilor sau al salariaţilor.

În acest sens, numai actele juridice pot fi realizate prin intermediul reprezentării. În antiteză actele privite „latu sensu" care chiar dacă sunt îndeplinite pentru altul ca de exemplu, cel ce le îndeplineşte poate fi transportator, antreprenor, prestator de servicii, salariat, acesta nu efectuează un act de reprezentare, ci un act personal.

Cu privire la situaţia persoanelor care prestează activităţi considerate „liberale" se impune următoarea distincţie – unii îndeplinesc în exerciţiul profesiei atât activităţi personale specifice domeniului de competenţă, cât şi uneori activităţi ce se includ în instituţia juridică a reprezentării. Astfel, notarul public are obligaţia de serviciu de a da sfaturi şi de a materializa convenţia părţilor iar pentru neîndeplinirea acestor obligaţii el răspunde după caz fie delictual fie contractual. Atunci când însă, notarul este însărcinat de client cu efectuarea unor acte precum, plăţi, înscriere de ipoteci, el devine acum reprezentantul părţii, respectiv mandatarul ei[10].

Avocatul care îndeplineşte rolul de sfătuitor al părţii, îndeplineşte o prestaţiune de serviciu, dar atunci când clientul, îl împuterniceşte să îl reprezinte în justiţie sau să facă anumite acte pentru el, acesta devine mandatar al acestuia[11].

Agentul imobiliar însărcinat de o persoană să-i vândă un imobil devine reprezentantul acestuia însă dacă este solicitat doar să sfătuiască partea cu privire la preţul ce urmează al cere nu mai are calitatea de mandatar.

Concluzionând, afirmăm că sunt susceptibile de reprezentare numai actele juridice, cu excepţia celor cu caracter personal (intuitu personae) astfel că nu este de conceput încheierea unei căsătorii prin mandat, nici a unui act unilateral cum este testamentul, după cum nu pot fi îndeplinite prin reprezentant nici actele procedurale în cazul procedurii divorţului.

Investigând originea acestei instituţii constatăm că ea îşi are originile în dreptul roman, dar oarecum mai puţin evident decât în situaţia altor instituţii juridice fundamentale. În raport cu prima etapă a dreptului roman ce caracterizează epoca veche, o epocă a formalismului excesiv, ce ducea un mod inevitabil la decăderea titularului unui drept din exerciţiul dreptului sau dacă se abătea de la formulele ce se considera că reprezintă apanajul zeilor[12] dreptul aflându-se sub dominaţia ideii de drept al cetăţii era firesc ca în condiţiile unei economii naturale când schimbul de mărfuri era sporadic instituţia reprezentării fiind practic imposibilă. Faptul, însă că doar „pater familias"[13] era titularul drepturilor şi obligaţiilor familiei respective, a impus necesitatea însărcinării şi a fiilor săi cu misiunea îndeplinirii anumitor acte juridice, care interesau familia, concomitent cu o oarecare diminuare a puterii părinteşti.

[10] Cf. E.Poenaru, C.Murzea, Profesiile juridice liberale, Ed.Hamangiu, Bucureştu, 2009, p.189 şi urm.
[11] Ibidem, p.37 si urm.
[12] Cf. Vl.Hanga, M.Jacotă, Tratat de drept roman, Bucureşti, 1964, p.
[13] E.Molcuţ, Drept roman, Casa de editură şi presă Şansa SRL,Bucureşti, 1994, p.27

Astfel, s-a recunoscut că pater familias putea să exercite posesia asupra unor bunuri prin persoanele aflate sub puterea sa şi să împuternicească aceste persoane cu îndeplinirea unor acte de comerţ maritim sau terestru. Terţii cu care cei împuterniciţi încheiau actele în numele titularilor drepturilor respective aveau la dispoziţie „acţiunile numite cu calitate adăugată", şi atunci când le foloseau „in intentio" era trecut numele fiului cu care se încheiase actele iar „in condemnatio" numele şefului familie, fiindcă asupra acestuia se răsfrângeau efectle actelor încheiate[14]. Astfel, prin intermediul actelor încheiate de către persoanele aflate sub puterea sa, pater familias puteau deveni debitori sau creditori al unor terţe persoane. Pentru faptul că fiul care a perfectat actele rămânea angajat nu putem vorbi decât de o reprezentare imperfectă. Ulterior s-a admis că terţii care au contractul cu administratorul unui domeniu în acdrul împuternicirilor pe care acesta le avea de la proprietar, îl pot chema în judecată pe acesta din urmă.

De o reprezentare perfectă putem vorbi în legătură cu modul în care au fost reglementate tutela şi curatela, unde suntem în faţa unei reprezentări legale a incapabilului de către tutorele sau curatorul său[15].

Spre sfârşitul republicii se conturează instituţia mandatului sub forma unei convenţii şi a unor acte dominate de formalism. Astfel, rolul unui mandatar îl îndeplinea în materie de recuperare a unor creanţe adstipulatorul[16]. Acesta avea rolul de a acţiona în locul creditorului din raportul juridic respectiv recuperând creanţa ce o datora debitorul, ca apoi să o remită creditorului.

Prin adstipulaţie el acţiona faţă de debitor cu un mandatar al creditorului. În perioada lui Justinian contractul de mandat îşi defineşte fizionomia, admiţându-se alături de mandatul special şi mandatul general. Contractul de mandat trebuia să prevadă îndeplinirea de către mandatar a unui fapt licit şi moral care să fie în interesul mandatarului şi să fie săvârşit în mod gratuit.

În perioada procedurii formulare a fost admisă şi reprezentarea părţilor în justiţie. Ea se realiza prin serviciile unui „cognitor" care se instituia prin formule solemne în faţa instanţei şi în prezenţa adversarului, sau a unui procurator, care putea fi numit fără formalităţi speciale şi chiar în lipsa adversarului. Alături de aceştia era cunoscut şi „defensorul" care însă nu reprezenta partea în litigiu ci doar pleda în interesul acestuia[17].

„Moştenirea" dreptului roman a fost recuperată destul de târziu în istoria europeană fiind legată de afirmarea târzie a principiului consensualismului, aflat în bună măsură sub influenţa dreptului canonic. Astfel de abia în secolul al XVI –lea se afirmă instituţia reprezentării prin mandat şi la secole distanţă, mult mai târziu se realizează separarea instituţiei reprezentării de contractul de mandat. Fiind reglementată mai întâi prin codurile german şi elveţian a obligaţiilor, instituţia reprezentării este reglementată ca instituţie aparte spre exemplu[18] în legislaţia franceză doar prin Codul civil din anul 2002.

[14] Cf. I. Cătuneanu, Curs elementar de drept roman, Bucureşti, 1927, p.
[15] E.Petit, Traite elementaire de droit roman, Paris, 1925, p.
[16] I.Cătuneanu, op.cit., p.446
[17] C.Tomulescu, Drept privat roman, Bucureşti, 1973, p.89
[18] C.Murzea, E.Poenaru, Op.cit. p.4

Literatura juridică pe care o numim „clasică” a fost dominată multă vreme de vechiul concept conform căruia obligaţiile care se nasc dintr-un contract nu leagă decât pe cei care l-au încheiat. În aceste sens s-au exprimat autori de mare prestigiu precum Baudry Lacantinerie, Savigny Laurent sau Pothier. Acesta din urmă vedea în reprezentare o ficţiune prin care reprezentantul „îmbracă haina” celui reprezentat, se substituia acestuia, cu dorinţa de a reprezenta şi actul întocmit de el să fie socotit ca a fost perfectat de cel substituit.

S-a observat încă de pe atunci că teoria tradiţională a „ficţiunii” s-a aflat în dificultate când a fost vorba să explice reprezentarea în situaţiile când reprezentantul dobândeşte puterea de a reprezenta în temeiul legii şi când voinţa persoanei reprezentate nu este eficace. Situaţia este similară în cazul gestiunii de afaceri când reprezentantul acţionează spontan, fără asentimentul prealabil al celui ale cărui interese sunt gestionate[19].

Ulterior, în literatura juridică franceză autori precum Capitant, Demogue, Pilon au pus în relief autonomia şi caracterul propriu al reprezentării. Totodată s-a cristalizat opinia potrivit căreia reprezentarea judiciară are două trăsături caracteristice principale – reprezentantul se substituie reprezentatului, manifestând o voinţă proprie în cadrul încheierii actului juridic, care odată încheiat, astfel îşi produce efectele direct asupra reprezentatului.

Teoria reprezentării ce implică o ficţiune juridică sau mai exact ca întemeiată pe o ficţiune juridică cunoaşte, relativ recent, noi şi subtile argumentări. În una dintre acestea se pleacă de la o susţinere mai veche, în sensul că persoana reprezentată îşi manifestă voinţa prin persoana reprezentantului care are doar rolul de a da expresie voinţei acestuia[20].

Dar, în lumina acestei teze se face abstracţie de existenţa convenţiei de reprezentare care implică existenţa voinţei reprezentantului, atât în ceea ce priveşte acceptarea de a reprezenta cât şi în raport cu actul ce urmează a fii încheiat. Ori, în cazul reprezentării convenţionale nu se poate face abstracţie de elementul său contractual cu atât mai mult în cazul reprezentării legale unde nici nu se poate vorbi despre voinţa reprezentatul exprimată prin reprezentant[21].

Se mai susţine că reprezentarea este o ficţiune prin faptul că se încalcă principiul elementar conform căruia numai acela care şi-a exprimat voinţa la încheierea actului juridic poate fi ţinut la respectarea efectelor acestuia.

Ne raliem opiniei formulate de prof.I.Deleanu conform căreia reprezentarea presupune o disociere între calitatea de autor al actului şi cea de parte angajată, prin efectele juridice care derivă din acest act[22]. Astfel actul respectiv se încheie prin voinţa reprezentantului, fără implicarea voinţei celui reprezentat deşi el este titularul drepturilor care se nasc şi este angajat prin efectele juridice ale acestuia. De aici şi ideea că singura voinţă care contează este cea a reprezentantului, implicarea reprezentatului fiind astfel o ficţiune. Se face aici din nou abstracţie de caracterul contractual al reprezentării şi de faptul că încheierea actului de către reprezentant îşi are temeiul în împuternicirea primită de la reprezentat.

[19] Ibidem
[20] P.Vasilescu, Relativitatea actului juridic civil. Repere pentru o nouă teorie asupra actului de drept privat, Ed.Rosetti, Bucureşti, 2003, p.2013
[21] Ibidem
[22] I.Delenau, op.cit.p.452

Poate că mai degrabă s-ar putea vorbi despre ficţiune în cazul reprezentării legale, când cu adevărat nu se exprimă decât voinţa reprezentantului. Aici însă există prezumţia legii conform căreia actele reprezentantului exprimă interesele celui reprezentat.

Într-adevăr reprezentarea implică medierea voinţei celui reprezentat care, deşi nu este autorul actului, profită de consecinţele juridice ale acestuia sau trebuie să le suporte ca urmare s-ar putea susţine că prin această mediere se înfăptuieşte o ficţiune. Dar în această interpretare se face o confuzie între „capacitate" şi „putere".

În timp ce capacitatea este aptitudinea persoanei de a-şi exercita drepturile, puterea de reprezentare este aptitudinea de a exercita drepturile altuia. Aceste două concepte sunt complementare, fiindcă unei persoane incapabile îi corespunde puterea de reprezentare – adică de a reprezenta – a unei alte persoane, putere pe care o poate dobândi prin convenţie, în puterea legii sau prin hotărâre judecătorească. Capacitatea constituie regula, iar incapacitatea trebuie să fie prevăzută în mod expres şi interpretată restrictiv. Puterea de a reprezenta nu există ca regulă, ea trebuie să rezulte din convenţie, din lege sau din hotărâre judecătorească. Astfel devine mai limpede mecanismul reprezentării, dacă se înţelege că reprezentantul, deşi încheie actul în nume propriu exercită o putere delegată, prin care se intruzionează în sfera juridică a altuia. El îşi exprimă voinţa proprie în temeiul unor puteri delegate care tocmai de aceea trebuie să corespundă unui drept subiectiv al celui reprezentat[23].

Reconsiderarea importanţei acestei instituţii juridice şi-a găsit spaţiul în Noul Cod civil în art.1295-1314, articole în care se pun în lumină valenţele şi perenitatea reprezentării în raporturile de drept privat.

BIBLIOGRAFIE:

1. Noul Cod civil, Ed.Monitorul Oficial, Bucureşti, 2011
2. C.Murzea, E.Poenaru, Reprezentarea în dreptul privat, Ed.CKBeck, Bucureşti, 2007
3. I.Deleanu, Ficţiunile juridice, Ed.All Beck, Bucureşti, 2005
4. G.Boroi, Drept civilă. Partea generală. Persoanele, Ed.All Beck, Bucureşti, 2002
5. I.Leş, Tratat de drept procesual civil, Ed.All Beck, Bucureşti, 2001
6. M.Planiol, G.Ripert, Droit civile francais, Tom VI, Paris, 1930
7. E.Poenaru, C.Murzea, profesiile juridice liberale, Ed.Hamangiu, Bucureşti, 2009
8. E.Molcuţ, Drept roman, Casa de editură şi presă Şansa, Bucureşti, 1994
9. I.Cătuneanu, Curs elementar de drept roman, Bucureşti, 1927
10. E.Petit, Traite elementaire de droit roman, Paris, 1925
11. P.Vasilescu, Relativitatea actului juridic civil. Repere pentru o nouă teorie asupra actului de drept privat, Ed.Rosetti, Bucureşti, 2003

[23] Ibidem

"HABITUAL RESIDENCE" - POINT OF CONTACT UNDER THE PROVISIONS OF THE ROMANIAN CIVIL CODE

Nadia-Cerasela Aniţei, Prof., PhD, "Dunărea de Jos" University of Galaţi

Abstract: Romanian private international law norm conflict materializes link to the melting point. This is the element which determines the relationship between a legally and law.
The point of connection is specific criteria that establish the link between the legal (rule conflicting content) and a particular system of law that are legally applicable law (lex causae)..
The most important points of connection are:
1 citizenship
2 territory;
3 flag ship;
4 other connection points.
Territory (where they rendered a legal act or fact) as a liaison take the following forms:
a). habitual residence;
b). registered office;
c). instead situating the object;
d). place of conclusion;
e). instead of performing the contract;
f). instead of drawing legal act (in the sense of instrumentum);
g). place of the injury;
h). place of the legal fact illegal;
i). where to hear the case.
Since the adoption of legislative reform in 2011 by introducing the Civil Code provisions on private international law in Book VII will devote this article "residence". The provisions of the Civil Code Refer residence von find them in art. Marginal 2570 titled "Determination and proof of habitual residence."
Regulations of the Civil Code in matters of private international law eliminates the concept of "home" paying special Emphasis "habitual residence" as a point of connection.
In this context Article will explore issues of residence: Romanian private international law perspective, the European regulations and Romanian law.

Keywords : Civil Code, Romanian private international law; European regulations regarding the concept of "residence"; concept of residence in Romanian law.

1. Ce intelegem prin norma conflictuala?

1.1. Noţiunea de normă conflictuală

Norma conflictuală este definită ca fiind norma juridica specifică dreptului internaţional privat, care desemnează legea internă apicabilă raportului juridic cu element de extraneitate.[1]

În ansamblul lor normele conflictuale sunt prevăzute în sistemul de drept intern al fiecărui stat formând sistemul conflictualist al acestuia, componentă a sistemului juridic naţional. Instanţa de judecată sau un alt organ jurisdicţional, în momentul soluţionării unui raport cu element de extraneitate va folosi întotdeauna pentru determinarea legii aplicabile normele confilictuale din propriul sistem de drept. De la această premisă, porneşte legiuitorul român în Codul civil, art. 2557 alin. (1) care dispune: *„Prezenta carte cuprinde norme pentru determinarea legii aplicabile unui raport de drept internaţional privat”*.

Norma conflictuală soluţionează conflictele de legi în sensul că stabileşte care dintre sistemele de drept în prezenţă trebuie să se aplice cu privire la raportul juridic respectiv. Din momentul desemnării legii competente (legii interne) rolul normei conflictuale încetează şi intră în acţiune norma de drept intern (de exemplu: de dreptul civil, de dreptul familiei) a ţării care va cârmui raportul juridic cu element străin. Sistemul de drept (legea competentă care va cârmui raportul juridic cu element străin) astfel determinat(ă) poartă denumirea de **„legea cauzei” (*lex causae***). Un astfel de exemplu este îl constituie art. 2587 alin. 1 din Codul civil potrivit căruia *„Forma încheierii căsătoriei este supusă legii statului pe teritoriul căruia se celebrează.”*[2]

Normele conflictuale determină câmpul de aplicare a dreptului intern şi al celui străin ţinând seama de coexistenţa unor sisteme juridice de egală valaore, expresie a unor suveranităţi de stat egale. Ele sunt proprii fiecărui sistem de drept, regăsindu-se în acte normative interne şi în convenţii internaţioanle.

1.2. Strucutra normei conflictuale

Din punct de vedere al structurii logico-juridice, normele de drept cuprind următoarele elemente:

- ipoteza prevede descrierea clară, precisă a împrejurărilor, a faptelor sau a condiţiilor în care apar relaţiile de drept pentru a se permite subiectelor raporturilor juridice să respecte regula de conduită prescrisă în vederea realizării scopului urmărit;
- dispoziţia prevede conduita subiectelor de drept vizate de aceste norme;
- sancţiunea arată care sunt consecinţele nerespectării dispoziţiei.

În dreptul internaţional privat doctrina[3] precizează că: *„soluţiile conflictualiste în măsura în care sunt date de norme juridice, nu pot avea această structură logico-juridică întrucât ele nu pot să dispună în mod direct o conduită de urmat şi să prevadă o sancţinue în cazul nerespectării conduitei prescrise. Ca atare, normele prin care se soluţionează situaţiile conflictualiste nu pot decât să aleagă dintre sistemele de drept aflate în conflict pe cel care are interesul cel mai mare în reglementarea juridică, făcând astfel trimitere la normele de*

[1] D ., Lupaşcu. D., Ungureanu. *Drept internaţional privat,* Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p.18.
[2] Acest articol este o preluare a art. 19 alin. 1 din Legea nr. 105-1992 care prevedea: „Forma încheierii căsătoriei este supusă legii statului pe teritoriul căruia se celebrează.”
[3] B., M., C., Predescu. *Drept internaţional privat. Partea generală,* Editura Wloters Kluwer, Bucureşti, 2010, p. 104.

drept intern din acest sistem juridic. Acestea sunt cele care prevăd conduita şi sancţiunea corespunzătoare.

Ceea ce pot avea normele conflictualiste ca şi structură este partea logico-juridică prin care se arată situaţia avută în vedere. Ea corespunde elementului de structură ipoteză din dreptul intern, fără a se suprapune, întrucât în norma conflictuală sunt avute în vedere mai multe elemente caracteristice pentru situaţia juridică de rezolvat: obiectul raportului juriidc, părţile acestuia, natura drepturilorşi obligaţiilor ce caracterizează raporutl juridic cu element de extraneitate, etc.

Toate aceste aspecte trebuie avute în vedere sub forma elementului de structură numit conţinut, în timp ce trimiterea la un anumit sistem de drept, localizarea situaţiei juridice în sfera de reglementare a unui sistem juridic se face printr-un alt element de structură numit punct de legătură sau legătură."

Se observă că norma conflictuală are o structură dihotomică, iar elementele sale poartă denumiri specifice şi au un conţinut specific.

În doctrină în privinţa structurii normei conflictuale s-au conturat două opinii. Într-o primă opinie,[4] norma conflictuală este alcătuită din: **două elemente conţinut şi legătură**. În cea de-a doua opinie, norma conflictuală este alcătuită din **trei elemente: conţinut, legătură şi legea aplicabilă.[5]**

1.3.Conţinutul normei conflictuale

Conţinutul este acea parte a normei conflictuale care arată raporturile de drept la care se referă norma juridică. Conţinutul este întotdeauna dat de o problemă de drept întâlnită ca atare în sistemele naţionale.[6]

Conţinutul normei conflictuale reprezintă ipoteza acesteia, adică acea categorie de raporturi juridice (sau materia) la care respectiva normă conflictuală se referă.

Conţinutul normei conflictuale poate consta în următoarele: starea civilă şi capacitatea juridică a persoanei fizice, forma exterioară a actului juridc, regimul matrimonial, moştenire, etc..

Spre exemplu, potrivit, art. 2595 alin. 1 din Codul civil „*Masurile de publicitate şi opozabiliatea regimului matrimonial faţă de terţi sunt supuse legii aplicabile regimului matrimonial."*

Constituie conţinut al acestei norme conflictuale expresia *„Masurile de publicitate şi opozabiliatea regimului matrimonial faţă de terţi (...)."*

---

[4] I.,P Filipescu, A.I. Filipescu, *Tratat de drept internaţional privat*, ediţie revăzută şi adăugită, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2005, p. 37; D.-Al., Sitaru. *Drept internaţional privat,* Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2001, pp. 26-27; D ., Lupaşcu. D., Ungureanu. *Drept internaţional privat,* Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p.19; O., Ungureanu. C. Jugastru. A., Circa. *Manual de drept internaţional privat*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2008, p. 46.

[5] A se vedea T. R., Popescu. *Drept internaţional privat*. Editura Romfel, Bucuresti, 1994, p. 22 apud I. Macovei. *Drept internaţional privat*, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2011, p. 19; O., Ungureanu. C. Jugastru. A., Circa. *Manual de drept internaţional privat*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2008, p. 46.

[6] B., M., C., Predescu. *Drept internaţional privat. Partea generală,* Editura Wloters Kluwer, Bucureşti, 2010, p. 104.

Conţinutul normei conflictuale determină câmpul de aplicare în spaţiu al unei legi.

1.4. Legatura normei conflictuale

Legatura normei conflictuale este dispoziţia acesteia, adică acea parte care indică sistemul de drept aplicabil pentru conţinutul normei conflictuale deci, stabileşte legea aplicabilă raportului juridic în cauză. Legătura normei conflictuale sub forma indicării generale este denumită şi „formulă de fixare."[7]

În exemplul de mai sus, legătura normei conflictuale este expresia: „*(...) sunt supuse legii aplicabile regimului matrimonial."*

Legătura normei conflictuale poate îmbrăca următoarele forme:[8]

a. *indicarea directă* - precizează legea competentă să reglementeze raportul juridic care constituie conţinut al normei conflictuale. Suntem în prezenţa unei indicări directe, spre exemplu în cazul art. 2587 alin. 2 din Codul civil care prevede: „*Căsătoria care se încheie în faţa agentului diplomatic sau a funcţionarului consular al României în statul în care acesta este acreditat este supusă formalităţilor prevăzute de legea română";*
b. *indicarea abstractă (indirecta)* când se utilizează o formulă generală, care conduce la determinarea legii competente. Suntem în prezenţa unei indicări abstracte (indirecte), spre exemplu, în cazul, art. 2626 alin. 1 din Codul civil care prevede*: „Formele de publicitate, realizate in orice mod, referitoare la bunuri sunt supuse legii aplicabile la data si locul unde se indeplinesc, afara numai daca prin dispozitii speciale se prevede altfel".*

1.5. Punctul de legătură

Legătura normei conflictuale se concretizează în **punctul de legătură**. Acesta este elementul prin care se stabileşte relaţia între un raport juridic şi o lege.

Punctul de legătură constituie criteriul concret prin care se stabileşte legătura dintre raportul juridic (conţinutul normei conflictuale) şi un anumit sistem de drept care reprezintă legea aplicabilă respectivului raport juridic (*lex causae*).

Cele mai importante puncte de legătură sunt:[9]

1. ***cetăţenia***

[7] I.,P Filipescu, A.I. Filipescu, *Tratat de drept internaţional privat*, ediţie revăzută şi adăugită, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2005, p. 38; Macovei. *Drept internaţional privat*, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2011, p. 19.

[8] D.-Al., Sitaru. *Drept internaţional privat,* Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2001, p. 27; D ., Lupaşcu. D., Ungureanu. *Drept internaţional privat,* Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p.19 .

[9] S., Deleanu. *Drept internaţional privat. Partea generală,* Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2013 I.,P Filipescu, A.I. Filipescu, *Tratat de drept internaţional privat*, ediţie revăzută şi adăugită, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2005, p. 38; Macovei. *Drept internaţional privat*, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2011, p. 19; D.-Al., Sitaru. *Drept internaţional privat,* Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2001, p. 27; D ., Lupaşcu. D., Ungureanu. *Drept internaţional privat,* Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p.19; O., Ungureanu. C. Jugastru. A., Circa. *Manual de drept internaţional privat*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2008, p. 46; T. R., Popescu. *Drept internaţional privat*. Editura Romfel, Bucruresti, 1994, p. 22; D., A., Popescu. M. Harosa, *Drept internaţional privat*. Tratat elementar, vol.I, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1999, p. 15; N, Diaconu. *Drept internaţional privat,* ediţia a II-a, editura Lumina Lex, Bucureşti, 2007, p.20.

2. ***teritoriul;***
3. ***pavilionul unei nave;***
4. ***alte puncte de legătură.***

Teritoriul[10] (locul unde se înfăptuieşte un act sau fapt juridic) ca punct de legătură îmbracă următoarele forme:

a). reşedinţa obişnuită;
b). sediul social;
c). locul situării bunului;
d). locul încheierii contractului;
e). locul executării contractului;
f). locul întocmirii actului juridic (in sensul de instrumentum);
g). locul producerii prejudiciului;
h). locul producerii faptului juridic ilicit;
i). locul unde se judecă litigiul.

Pentru studiul nostru prezintă interes *reşedinţa* ca punct de legatură.

Pentru a vorbi despre noţiunea de reşedinţă în dreptul internaţional privat roman trebuie sa calificăm primar aceasta noţiune.

2. Cum calificăm primar noţiunea de reşedință?

Prin calificare primară care se stabileşte legea aplicabilă raportului cu element de extraneitate. În acest context, vor trebui definite noţiunile utilizate în conţinutul tuturor normelor juridice conflictuale în vigoare în statul unde funcţionează, spre a descoperi care dintre aceste norme juridice se poate aplica raportului de drept internaţional privat cu care a fost sesizată. După ce s-a descoperit regula conflictuală aplicabilă situaţiei juridice concrete, autoritatea va trebui să definească noţiunile ce constituie legătura respectivei norme conflictuale, pentru a afla statul a cărui lege va reglementa raportul juridic de drept internaţional privat. Ca atare, calificarea primară se face după *lex fori*. Deci, în urma calificării primare, norma conflictuală bilaterală generală se transformă într-o normă unilaterală, particulară, în care legătura trimite cu precizie la legea unui anumit stat.

În ceea ce priveşte dreptul internaţional privat român, calificarea primară se face după *legea română, lege a forului* pentru orice autoritate publică română. Astfel, potrivit art. 2558 C.civ., „(1) Când determinarea legii aplicabile depinde de calificarea ce urmează să fie dată unei instituţii de drept sau unui raport juridic, se ia în considerare calificarea juridică stabilită de legea română. (2) În caz de retrimitere, calificarea se face după legea străină care a retrimis la legea română. (3) Natura mobiliară sau imobiliară a bunurilor se determină potrivit legii locului unde acestea se află sau, după caz, sunt situate. (4) Dacă legea română nu cunoaşte o

[10] Teritoriul este spatiul in interiorul caruia este asezata populatia unui stat format din teritoriul terestru (solul si subsolul), teritoriul maritim (apele interioare si marea teritoriala) si teritoriul aerian (format din coloana de aer care se gaseste deasupra solului si deasupra teritoriului maritim, fiind delimitat orizontal prin frontierele terestre, fluviale si maritime, iar vertical pana la limita spatiului cosmic, delimitat dupa altitudinea celui mai de jos perigeu ce permite mentinerea pe orbita a unui satelit considerata a fi la aproximativ 90 - 110 km deasupra nivelului marii). Definitie luată de pe site-ul: http://www.advocate.ro

instituţie juridică străină sau o cunoaşte sub o altă denumire ori cu un alt conţinut, se poate lua în considerare calificarea juridică făcută de legea străină. (5) Cu toate acestea, când părţile au determinat ele însele înţelesul noţiunilor dintr-un act juridic, calificarea acestor noţiuni se face după voinţa părţilor".

Trebuie făcute două observaţii: prima, că termenul de „instituţie de drept" trebuie interpretat *lato sensu,* incluzând şi noţiunile juridice, iar a doua că excepţiile de la alin. (2), (3), (4) şi (5) sunt de strictă interpretare. Deci, conform art. 2558 alin. (1) C.civ., calificarea primară se face întotdeauna după legea română, adică în conformitate cu noţiunile utilizate de sistemul de drept românesc. De asemenea, calificarea unei probleme ca fiind de drept procedural sau de drept material se face după legea română.

Codul civil în art. 2570 cu denumirea marginală „*Determinarea şi proba reşedinţei obişnuite"* prevede*:*

"In sensul prezentei cărţi, reşedinţa obişnuită a persoanei fizice este în statul în care persoana îşi are locuinţa principală, chiar dacă nu a îndeplinit formalităţile legale de înregistrare. Reşedinţa obişnuită a unei persoane fizice acţionând în exerciţiul activităţii sale profesionale este locul unde această persoană are stabilimentul său principal. (alin. 1)

Pentru determinarea locuinţei principale vor fi avute in vedere acele circumstanţe personale şi profesionale care indică legături durabile cu statul respectiv sau intenţia de a stabili asemenea legături. (alin.2)

Reşedinţa obişnuită a persoanei juridice este în statul în care aceasta îşi are stabilimentul principal. (alin.3)

Stabilimentul principal al unei persoane juridice este locul unde aceasta şi-a stabilit administraţia centrala. (alin.4)

Dovada reşedinţei obişnuite se poate face cu orice mijloace de probă.(alin.5)"

În privinţa reşedinţei observă că, dispoziţiile art. 2570 din Codul civil reglementează două tipuri de reşedinţe obişnuite şi anume: reşedinţa obişnuită a persoanei fizice (alin.1 şi 2) şi reşedinţa obişnuită a persoane juridice (alin. 3 şi 4).

Prin interpretarea dispoziţiilor art. 2570 alin.1 din C. civ. putem defini, **reşedinţa obişnuită a persoanei fizice** *(cetăţean român, cetăţean străin sau apatrid)* ca fiind *adresa unde persoana fizică respectivă îşi are locuinţa principală şi unde îşi desfăşoară în mare parte întreaga activitate socială şi profesională având sau urmând să aibă legături durabile cu statul respectiv.*

Prin interpretarea dispoziţiilor art. 2570 alin.2 din C. civ. putem defini, putem defini **reşedinţa obişnuită a persoanei juridice (***de naţionalitate română sau străină)* ca fiind *adresa unde persoana juridică respectivă îşi are administraţia centrală*

Putem defini **reşedinţa obişnuită a persoanei fizice stabilte în România** ca fiind *adresa din România unde persoana fizică respectivă (cetăţean român, cetăţean străin sau apatrid) îşi are locuinţa principală şi unde îşi desfăşoară în mare parte întreaga activitate socială şi profesională având sau urmând să aibă legături durabile cu statul respectiv.*

Putem defini **reşedinţa obişnuită a persoanei juridice în România** ca fiind *adresa din România unde persoana juridică respectivă îşi are administraţia centrală.*

Totuşi, art. 2557 alin. 2 C, civil dispune: „.În înţelesul prezentei cărţi, raporturile de drept internaţional privat sunt raporturi civile, comerciale, precum şi alte raporturi de drept privat cu element de extraneitate."

Alin. 3 al aceluiasi articol prevede că: „Dispoziţiile prezentei cărţi sunt aplicabile în măsura în care convenţiile internaţionale la care România este parte, dreptul Uniunii Europene sau dispoziţiile din legile speciale nu stabilesc o altă reglementare."

Din dispoziţiile alin. 2 şi 3 ale art. 2557 din Codul civil observăm ca exista numai anumite raporturi cu element de extraneitate pot fi obiect al dreptului internaţional privat şi dar exista şi anumite raporturi stabilite de diferite acte normative sau de alte discipline nu pot fi obiect al dreptului internaţional privat.

Din interpretarrea alin.3 a art. 2557 C.civ. dispoziţiile din reglementările interne referitoare la reşedinţă trebuie avute ăn vedere.

Pentru calificarea primară a a noţiunii de reşedinţă autoritatea română trebuie să folosească, în temeiul art. 2558 alin.1 din Codul civil accepţiunea românească a noţiunii de „reşedinţă" dar şi acepţiunea noţiunii de reşedinţă stabilită prin reglementări europene. Ca atare, pentru a putea face calificarea primară a noţiunii de „reşedinţă", în dreptul internaţional privat român este necesar să ţinem cont de sensul noţiunii de reşedinţa din dreptul intern românesc şi din reglementările europene.

3. Exemple de situaţii în care reşedinţa consittuie punct de legătură conform dispoziţiilor de drept internaţional privat român

Reşedinţa este punct de legătură, spre exemplu, pentru:

- *statutul persoanei fizice* (*stare civilă, capacitate şi relaţiile de familie*). Astfel, spre exemplu art. 2589 alin. (1), teza întâi din Cotul civil prevede: „Efectele generale ale căsătoriei sunt supuse legii reşedinţei obişnuite comune a soţilor, iar în lipsă legii cetăţeniei comune a soţilor." Din aceste dispoziţii observăm că, efectele generale ale căsătoriei sunt guvernate de legea reşedinţei obişnuite comune şi în lipsa acestei legi, de legea cetăşeniei comune. Deci, punctul de legătură îl reprezintă în principal reşedinţa obişnuită comună şi în subsidiar cetăţenia comună;

- *condiţiile de fond ale actelor juridice*, în cazul în care debitorul prestaţiei caracteristice este o persoanaă fizică. Astfel, în conformitate cu art. 2638 din Codul civil condiţiile de fond ale actului juridic unilateral şi ale contractului sunt stabilite – în lipsa legii alese – de legea statului cu care acel act juridic prezintă legăturile cele mai strânse, considerându-se că există atare legături cu legea statului în care debitorul are, la data încheierii actului, după caz, reşedinţa obişnuită, fondul de comerţ sau sediul social;

- *condiţiile de fond ale contractului de vânzare mobiliară, contractului de prestări servicii, contractului de franciză, contractului de distribuţie, etc.,* în lipsa alegerii de catre părţi a legii aplicabile contractului respectiv sunt cârmuite de legea statului unde îşi are reşedinţa obişnuită vânzătorul (în cazul contractului de vânzare mobiliară). Astfel, spre exemplu, art. 4 alin. (1) lit (a) Regulamnetul nr. 593/2008 *privind legea aplicabilă obligaţiilor contractuale (Roma I)* prevede că, în lipsa unei legi convenite de părţi spre a se aplica

contractului de vânzare –cumpărare de bunuri, acesta este supus legii statului în care îşi are reşedinţa obişnuită vânzătorul;

- *răspunderea pentru atingeri aduse personalităţii.* Potrivit art. 2642 alin (1) din Codul civil pretenţiile de reparaţii întemeiate pe o atingere adusă vieţii private sau personalitătii, inclusiv prin mass-media sau orice alt mijloc public de informare, sunt cârmuite, la alegerea persoanei lezate, fie legea statului reşedinţei sale obişnuite; fie de legea statului în care s-a produs rezultatul păgubitor; fie de legea statului în care autorul daunei îşi are reşedinţa obişnuită ori sediul social;

- *moştenire.* Conform art. 2633 din Codul civil „Moştenirea este supusă legii statului pe teritoriul caruia defunctul a avut, la data morţii, reşedinţa obişnuită;"

- *jurisdicţia competentă în anumite situaţii.*

Astfel, potrivit art. 3 alin. (1) lit. (a) din Regulamentul (CE) nr.. 2201/2003 din 27 noiembrie 2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești, de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1347/2000 astfel cum s-a modificat prin Regulamentul (CE) nr. 2116/2004 al Consiliului din 2 decembrie 2004 „Sunt competente să hotărască în problemele privind divorțul, separarea de drept și anularea căsătoriei instanțele judecătorești din statul membru:

— pe teritoriul căruia se află:
— reședința obișnuită a soților sau
— ultima reședință obișnuită a soților în condițiile în care unul dintre ei încă locuiește acolo sau
— reședința obișnuită a pârâtului sau
— în caz de cerere comună, reședința obișnuită a unuia dintre soți sau
— reședința obișnuită a reclamantului în cazul în care acesta a locuit acolo cel puțin un an imediat înaintea introducerii cererii sau
— reședința obișnuită a reclamantului în cazul în care acesta a locuit acolo cel puțin șase luni imediat înaintea introducerii cererii și în cazul în care acesta este fie resortisant al statului membru respectiv, fie, în cazul Regatului Unit și al Irlandei, are „domiciliul" în acel loc."

Concluzii

Odată încheiată operaţiunea de calificare primară, prin încadrarea raportului juridic de drept internaţional privat în ipoteza normelor conflictuale mai sus menţionate sfera noţiuni de reședință va dobândi un nou conţinut şi o nouă sferă, ca urmare a operaţiunii de calificare secundară, care se realizează după *lex causae*, adică după legea materială aplicabilă, raportului juridic în discuţie, în cazul nostru, deci după legea romînă.

În concluzie**,** sfera noţiunii de reședință în dreptul internaţional privat este mult mai largă.

Spre aceeaşi concluzie conduce şi remarca conform căreia noţiunile utilizate în conţinutul normelor conflictuale devin, prin calificare primară, adaptări ale noţiunilor utilizate în dreptul intern

BIBLIOGRAFIE SELECTIVĂ

S., Deleanu. *Drept internaţional privat. Partea generală,* Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2013 .

N, Diaconu. *Drept internaţional privat,* ediţia a II-a, editura Lumina Lex, Bucureşti, 2007.

I.,P Filipescu, A.I. Filipescu, *Tratat de drept internaţional privat*, ediţie revăzută şi adăugită, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2005.

D., Lupaşcu. D., Ungureanu. *Drept internaţional privat,* Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

Macovei. *Drept internaţional privat*, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2011.

T. R., Popescu. *Drept internaţional privat*. Editura Romfel, Bucruresti.

D., A., Popescu. M. Harosa, *Drept internaţional privat*. Tratat elementar, vol.I, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1999.

B., M., C., Predescu. *Drept internaţional privat. Partea generală,* Editura Wloters Kluwer, Bucureşti, 2010.

D.-Al., Sitaru. *Drept internaţional privat,* Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2001.

O., Ungureanu. C. Jugastru. A., Circa. *Manual de drept internaţional privat*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2008.

THE VICTIM'S RIGHT TO PREJUDICE REPARATION IN THE VIEW OF THE PRESENT DAY CIVIL CODE. CRITICAL PERSPECTIVE. COMPARED LAW

Sache Neculaescu, Prof, PhD and Adrian Țuțuianu, Assoc. Prof., PhD, "Valahia" University of Târgoviște

Abstract: "All and any prejudices entitle to reparation". This is the first normative enunciation which the current Civil Code sets forth in art. 1381 par (1) in terms of prejudice reparation for delinctual liability. It surfaces several fundamental questions which the civil law doctrine has always raised, offering each time temporary answers. Nowadays, when the human capacity to cause prejudices is much greater than the capacity to repair them, when we witness an inflation of rights of which breach causes more and more prejudices aspiring to a reparation, such an enunciation is equally daring and challenging. Our intention is to analyze several solutions laid down by the current regulation, from a critical and comparative perspective, meant to give emphasis to failures of the new normative provisions, with the stated goal of contributing, either to a future review or a rational interpretation of the normative texts under discussion, towards a most unitary jurisprudence.

Keywords: reparable prejudice, prejudice assessment, body prejudice, moral prejudice, victim's obligation to minimize prejudice, full reparation of prejudice.

1. Interesul analizei. Repararea prejudiciului este materia cea mai importantă dar şi cea mai sensibilă a răspunderii civile, şi, poate, a întregului drept civil. Este o zonă de reglementare care evidenţiază, mai puţin virtuţile dreptului, cât mai ales, vulnerabilităţile acestuia. Dacă ideal ar fi ca reglementările legale să ofere soluţii pentru orice rău injust cauzat unor victime inocente, repunându-le astfel *in statu quo ante*, aşa cum îşi propune răspunderea civilă în ansamblul ei, mijloacele juridice de care dispune acest mecanism al dreptului, oricât de evoluate ar fi, nu pot înfăptui o asemenea misiune, pentru că multe prejudicii nu pot fi înlăturate în totalitate, nu toate efectele cauzate victimei pot fi suprimate, cele mai multe dintre ele fiind, prin natura lor, ireversibile. Spre deosebire de reglementarea clasică a răspunderii delictuale, unde prejudiciul nu constituia obiect de preocup are normativă, când întreaga răspundere gravita în jurul faptei ilicite care trebuie sancţionată, astăzi toate codificările recente, printre care şi cea avansată de actualul Cod civil, precum şi proiectele europene de codificare a obligaţiilor, acordă o extensie remarcabilă prejudiciului reparabil. Se confirmă astfel că prejudiciul este, nu doar o simplă condiţie, *inter alia*, ci însăşi premiza oricărei ipoteze de răspundere civilă.

Faptul că sunt supuse reglementării aspecte concrete, precum naşterea dreptului la despăgubiri, întinderea şi repartiţia reparaţiunii, interzicerea cumulului răspunderilor, formele concrete ale acesteia, modul de calcul al despăgubirilor şi alte aspecte conexe la care judecătorul este chemat să dea soluţii cât mai adecvate, le conferă noilor prevederi normative

un caracter eminamente tehnic. Cum însă ele privesc situaţii eminamentconflictuale, a căror rezolvare pune în discuţie însăşi eficacitatea dreptului, reglementarea lor solicită o elaborare mai exigentă decât în oricare alte zone ale dreptului. Or, privite din această perspectivă, vizând acurateţea terminologică, sistematizarea materiilor supuse reglementării, stilistica enunţurilor normative, calităţi esenţiale pentru asigurarea accesibilităţii şi predictibilităţii legii, noile texte normative se dovedesc a fi insuficient elaborate. Pe fond, multe dintre soluţiile avansate sunt în dezacord cu instituţii şi orientări europene, nereceptate de actualele reglementări, cum este cazul obligaţiei pe care o are victima de minimizare a prejudiciului suferit, moderarea de către judecător a despăgubirilor excesive, despăgubirile punitive sau rolul preventiv al răspunderii delictuale.

De aceea, îngăduindu-ne să remarcăm o anumită reticenţă a doctrinei noastre în luarea de poziţie faţă de asemenea neîmpliniri ale noilor reglementări în această materie, ne propunem să le examinăm pe cele mai semnificative, în speranţa că dezbaterea lor va determina revizuirea unora dintre noile prevederi normative, în interesul unei jurisprudenţe cât mai coerente.

2. Obiectul reparaţiei. Potrivit prevederii de la art. 1381 C. civ. alin. (1) C. civ., obiectul reparaţiei îl constituie „orice prejudiciu", cel care „dă dreptul la reparaţie", şi căruia „îi sunt aplicabile, de la data naşterii sale, toate dispoziţiile legale privind executarea, transmisiunea, transformarea şi stingerea obligaţiilor".

Cele trei enunţuri normative dau răspunsuri tranşante la tot atâtea întrebări fundamentale pe care doctrina dedicată răspunderii delictuale şi le-a pus dintotdeauna, fără să fi reuşit vreodată să avanseze soluţii atât de categorice.

Însăşi sintagma „repararea prejudiciului", deşi străbate secolele, fiind elaborată de Jean Domat, în secolul al XVII-lea şi preluată apoi de codificatorii francezi la art. 1382 C. civ. fr., şi de întreaga doctrină, nu mai are aceeaşi rezonanţă astăzi. De aceea, s-a putut afirma că termenul „reparaţie este abuziv preferat celui de indemnizare"[1]. Dacă, în limbajul obişnuit, „a repara" înseamnă a reface, a readuce în starea actuală, a reconstitui, operaţii care nu pot privi decât bunurile, cele care sunt susceptibile de restituire, înţelesul juridic al aceluiaşi termen este diferit. El desemnează, de cele mai multe ori, *compensarea* prejudiciului prin *indemnizarea victimei* (şi nu a prejudiciului, cum se afirmă adesea). Termenul „indemnizare" vine de la latinescul *indemnitas*, şi semnifică înlăturarea unei pagube (*damnum*), prin compensare[2]. La rândul ei, compensarea, presupune înlocuirea unei valori cu alta, prin orice mijloace apte să satisfacă interesele lezate ale victimei. De puţine ori repararea prin compensare, în cazul răspunderii delictuale, se face într-o altă modalitate decât prin indemnizare. Compensarea este o măsură de restabilire a echilibrului dintre victimă şi cel chemat să răspundă. Privită în dinamica oligaţiilor, compensaţia odată realizată, stinge obligaţia debitorului. Obiectul reparaţiei propriu-zise îl constituie valorile afectate, şi nu prejudiciul în sine, cel care, fiind o pierdere, un gol, nu poate fi susceptibil de reparaţie

propriu-zisă. Răspunderea delictuală nu-şi poate propune decât să *înlăture* aceste consecinţe nocive. Este o realitate surprinsă magistral de Mihail Eliescu, potrivit căruia, obiectul reparaţiei în cadrul răspunderii delictuale, se constituie în „{…}obligarea celui chemat să răspundă la desfiinţarea sau la compensarea, în chipul cel mai eficace şi adecvat, a efectelor păgubitoare produse de fapta ilicită”[3]. Prin urmare, reparaţia, în sens juridic, presupune *surprimarea*efectelor nocive pe care le presupune prejudiciul sau *compensarea* acestora, nicidecum *refacerea* sau *reconstituirea* lor, cum sugerează termenul „reparaţie”. Când ilustrul autor mai sus citat, se referea la „compensarea în chipul cel mai eficace şi adecvat”, avea în vedere nu doar indemnizarea, ci orice altă măsură menită să repună victima în situaţia anterioară, în raport de situaţia concretă în care se află aceasta. De aceea, într-o formulă generică, avansată în cadrul unor studii anterioare, le-am numit „remedii adecvate situaţiei injuste a victimei”[4], ceea ce astăzi doctrina franceză numeşte „réparationappropriée”[5].

Tendinţa codurilor civile moderne este de a renunţa la formula clasică de „reparare”, raportându-se la *compensarea în formă specifică*, aşa cum prevede Codul civil italian (art. 2058) sau Codul civil al Braziliei (art. 944).

3. Prejudiciile reparabile. Selecţia situaţiilor în care victima poate aspira la indemnizare sau la un alt remediu adecvat situaţiei sale injuste, urmare a prejudiciului suferit, face obiectul uneia dintre cele mai animate dezbateri, în condiţiile de astăzi, când asistăm la fenomentul de „inflaţie a drepturilor subiective” şi implicit a drepturilor fundamentale ale omului, proces care determină, inevitabil, o „explozie a prejudiciilor reparabile”. Sub presiunea acestor fenomene, dreptul pozitiv recunoaşte prejudiciile cauzate prin vătămarea simplului interes[6] precum şi pe cele cauzate prin pierderea şansei[7], evoluţie receptată şi de Codul nostru civil, prin reglementările de la art. 1359 C. civ. şi art. 1385 alin. (3). Pe fondul acestei „febre a reparaţiei”, jurisprudenţa de astăzi este confruntată tot mai frecvent cu acţiuni în despăgubire pentru cele mai inedite prejudicii, unele aflate la limita legitimităţii, altele în afara ei, cum este cazul pretinsului drept de a nu se naşte anormal, invocat în acţiunea întemeiată pe *wrongfulbirth*[8], prejudiciul de decepţie, prejudiciul monden şi multe altele care nu pot fi supuse reparaţiei.

Privit în acest context, enunţul de la art. 1381 alin. (1) C. civ. potrivit căruia „Orice prejudiciu dă dreptul la reparaţie”pare că se înscrie în acest proces de relaxare a standardelor de legitimitate. În realitate, un asemenea enunţ nu are nicio legătură cu realitatea, de vreme ce o mulţime de prejudicii nu sunt supuse reparaţiei. Deosebit de cauzele legale exoneratoare de

răspundere, de clauzele de neresponsabilitate, în prezenţa cărora prejudiciile suferite de victimă nu sunt supuse reparaţiei de către persoanele desemnate să răspundă, sunt şi numeroase prejudicii care nu pot, *de plano*, aspira la reparaţie.

Forma eliptică a acestui enunţ legal, atât de sentenţios în formularea lui, are o explicaţie, pe cât de simplă, pe atât de regretabilă. Privit în evoluţia procesului de elaborare a a actualului Cod civil, vom observa că, în timp ce textul de la art. 1121 din Proiectul Noului Cod civil, adoptat de Senat la 13 09 2004, prevedea la alin. (1) că „Reparaţia este datorată pentru orice prejudiciu material, corporal sau moral, pricinuit printr-un fapt ilicit", urmare a unui amendament ulterior, textul a fost amputat, cu motivarea că „prejudiciul corporal nu este o specie a prejudiciului reparabil". Şi pentru a se evita orice clasificare a prejudiciilor, s-a apelat la formula facilă de amputare a textului, din care a rămas doar prima parte a enunţului, în forma actuală. Aşa se explică de ce sintagma „prejudiciu corporal" este evitată în toate prevederile normative ulterioare, fiind preferată formula „vătămarea integrităţii corporale sau a sănătăţii", denumirea marginală de la art. 1357 C. civ.

Este adevărat că, potrivit teoriei clasice, prejudiciile pot fi patrimoniale sau extrapatrimoniale (morale), clasificare împărtăşită atât de autorii noştri[9], precum şi de o parte a autorilor francezi, potrivit cărora, o a treia categorie a prejudiciilor corporale, nu ar avea independenţă conceptuală, fiind lipsite de consistentă juridică, pentru că atingerile persoanei, daunele corporale, se pot constitui, atât în prejudicii de natură patrimonială, cât şi în prejudicii extrapatrimoniale[10]. Ceea ce trebuie însă remarcat, este că doctrina modernă de drept civil recunoaşte tot mai frecvent prejudiciul corporal ca specie a prejudiciului reparabil[11], ba chiar el constituie primul termen al clasificării tripartite a acestuia, într-o ordine ce exprimă respectul faţă de integritatea fizică şi sănătatea omului. Mai mult, există preocupări intense de constituire a unui drept european al prejudiciului corporal, cu reglementări specifice[12]. Aceeaşi clasificare tripartită a prejudiciilor este avansată şi de doctrina noastră relevantă de drept civil[13]. Argumentul potrivit căruia prejudiciul corporal poate fi atât material cât şi moral, nu poate fi primit, având în vedere că ambele componente trebuie să se bucure de un tratament juridic special.Însuşi Codul civil avansează o reglementare distinctă în materia vătămării integrităţii corporale sau a sănătăţii, cu ambele componente, materială şi morală, la art. 1387-1393 C. civ., fără să-i fi rezervat o secţiune specială, cum s-ar fi cuvenit.

Dacă ne raportăm la modelele care au inspirat pe autorii acestor texte, vom constata că, unul dintre ele, Codul civil din Quebec, dispune că cel care cauzează prin fapta sa altuia, este ţinut să repare „prejudiciul corporal, moral sau material"[14], în timp ce Proiectul francez

Catala de reformă a dreptului obligaţiilor, mai conservator, dispune că „este reparabil orice prejudiciu cert, care constă într-o lezare a unui interes licit, patrimonial sau extrapatrimonial, individual sau colectiv”[15].

Din perspectiva stilisticii exprimării normative, enunţul „*orice prejudiciu dă (s.n.) naşterela reparaţie*”, este nepotrivit. Doar pe timpul justiţiei private, Legea talionului instituia sancţiunea „dinte pentru dinte, os pentru os”. Astăzi, oricât de grav şi injust ar fi prejudiciul cauzat victimei, nu el este cel care „dă dreptul la reparaţie”. Obligaţia reparării este o sancţiune pe care doar dreptul pozitiv o poate institui şi garanta prin sancţiunea statală. De aceea, pentru un plus de coerenţă, preferabil ar fi fost să fie menţionate, mai întâi, prejudiciile care pot fi reparate, după formula Proiectului Catala, potrivit căruia „*este reparabilorice prejudiciu cert, care constă într-o lezare a unui interes licit, patrimonial sau extrapatrimonial, individual sau colectiv”*[16]. Şi pentru că, printre prejudiciile reparabile se află şi prejudiciul cauzat prin vătămarea unui interes, este inexplicabilă soluţia actualului Cod civil de a oferi două reglementări paralele aceleiaşi materii şi de a amplasa art. 1359 C. civ, cu denumirea marginală „repararea prejudiciului constând în vătămarea unui interes”, în secţiunea a treia din materia răspunderii pentru fapta altuia, şi nu în cadrul secţiunii a şasea, sediul materiei reparării prejudiciului în cazul răspunderii delictuale.

Sub un alt aspect, pentru că nu toate prejudiciile impun repararea, aşa cum am văzut când am analizat obiectul reparaţiei, ci doar cele cauzate *în mod injust* victimei, era nevoie ca textul să prevadă în mod expres această condiţie, aşa cum o găsim menţionată de Codul civil italian, în art. 2059. În egală măsură, sunt supuse reparaţiei nu doar prejudiciile individuale, ci şi cele colective, motiv pentru care, un enunţ preferabil celui de la art. 1381 alin. (1) C. civ. putea fi cel potrivit căruia *„orice prejudiciu injust, corporal, material sau moral, individual ori colectiv, este reparabil, în condiţiile legii.*

4.Naşterea dreptului la reparaţie. Potrivit art. 1381 alin. (2) C. civ. “Dreptul la reparaţie se naşte din ziuacauzării prejudiciului, chiar dacă acest drept nu poate fi valorificat imediat”. Este un enunţ important pentru că el deschide o altă perspectivă de abordare a răspunderii delictuale, aceea conform căreia mecanismul răspunderii civile este declanşat de *prejudiciu*, şi nu de *fapta* cauzatoare, cum se prevede încă la art. 1357 C. civ. De aceea, în opinia noastră, corect ar fi să vorbim de „răspunderea pentru prejudiciu”, şi nu de „răspunderea pentru fapta proprie” sau pentru „fapta altuia”[17].

În comentariile făcute pe acest text, profesorul Liviu Pop, coautor şi coordonator al unui important tratat de obligaţii, comentând acest text normativ, reţine că „{…} raportul obligaţional, în conţinutul căruia se află dreptul creditorului, adică al celui prejudiciat, şi îndatorirea corelativă la reparaţie, în sarcina persoanei răspunzătoare, se naşte în momentul cauzării prejudiciului, când sunt îndeplinite condiţiile angajării răspunderii civile delictuale”.

Ne îngăduim să avem o opinie ceva mai nuanţată şi să afirmăm că, la momentul cauzării prejudiciului, dreptul victimei se înfăţişează, mai degrabă, ca o *vocaţie la reparaţie*. Declanşarea raportului obligaţional, care este un raport personal, presupune identificarea celui în sarcina căruia cade sarcina reparării prejudiciului. Dacă sunt situaţii în care cele două momente coincid, sunt frecvente cazurile în care declanşarea mecanismului răspunderii are loc mai târziu, la fel cum nu toate pagubele cauzate victimei pot fi imputate unei persoane determinate, pentru a putea vorbi de îndeplinirea condiţiilor răspunderii delictuale. Bunăoară, la momentul în care proprietarul îşi găseşte autoturismul avariat în parcare, vorbim de cauzarea pagubei. Ea putea avea cauzalităţi diferite ce se cer mai întâi lămurite. Aşa cum se menţionează în doctrina franceză, „nu trebuie confundată paguba suferită cu valoarea ei”[18]. Însuşi autorul francez citat de profesorul Liviu Pop menţionează că „fapta păgubitoare dă naştere dreptului la reparaţie al victimei, care, la această dată, apare ca o creanţă informă, care nu va deveni lichidă şi exigibilă decât la momentul judecăţii”[19].

Acest parcurs este evidenţiat cu claritate de Mihail Eliescu, care, analizând dreptul la despăgubiri, afirmă că el „se naşte de la data faptei păgubitoare şi se desăvârşeşte, prin concretizarea obiectului obligaţiei corelative, fie prin învoiala părţilor, fie prin rămânerea definitivă a hotărârii”[20]. Privită la acest moment, repararea pagubei face obiectul unei „îndatoriri la o valoare fără expresie bănească”[21]. Singura obiecţie ar putea fi aceea că nu fapta declanşează răspunderea, ci doar paguba suferită, cea care poate sau nu fi atribuită unei fapte. Afirmaţia marelui nostru civilist trebuie analizată însă, în ambianţa ideologică a epocii în care fapta culpabilă a omului era privită ca singur fundament al răspunderii. În realitate, paguba este premiza răspunderii, urmând a fi identificat cel desemnat de lege să o repare, moment în care vorbim de *prejudiciul reparabil*, el fiind expresia juridică a pagubei[22].

De la momentul naşterii dreptului la reparaţie, şi până la data când victima are o creanţă lichidă, putând-o valorifica, se consumă o întreagă evoluţie. Aşa se explică de ce textul normativ de la art. 1381 alin. (2) C. civ. dispune că dreptul la reparaţie se naşte în ziua cauzării prejudiciului, chiar dacă acest drept nu poate fi valorificat imediat”. De aceea, nu putem fi de acord cu aprecierea potrivit căreia menţiunea finală a textului ar fi inutilă, cu motivarea că „dreptul la reparaţie depinde de un fapt obiectiv, cel al producerii prejudiciului, fără a putea fi influenţat de posibilităţile creditorului de a-l valorifica”[23]. Aşa cum este important să distingem între pagubă şi întinderea ei, tot astfel va trebui să acceptăm că, pentru a-şi valorifica pretenţiile, victima va trebui să obţină un titlu care să-i recunoască o creanţă

lichidă, ceea ce presupune cuantificarea prejudiciului în condiţii de contradictorialitate, specifice oricărui proces civil.

Din această perspectivă, discuţii interesante prilejuieşte şi următoarea dispoziţie legală de la art 1381 alin. (3) C. civ., potrivit căreia „Dreptului la reparare îi sunt aplicabile, de la data naşterii sale, toate dispoziţiile legale privind executarea, transmisiunea, transformarea şi stingerea obligaţiilor". Potrivit doctrinei, „din ziua în care prejudiciul a fost cauzat, {…} sunt aplicabile, de regulă, toate dispoziţiile privind operaţiile şi mecanismele juridice prin care se realizează dinamica şi stingerea obligaţiilor {…}"[24]. O întrebare care aşteaptă un răspuns explicit este dacă asemenea dispoziţii legale se aplică şi dreptului la reparaţie care, deşi născut, nu poate fi valorificat imediat, după distincţia legală pe care o face prevederea de la alineatul precedent al aceluiaşi articol.

Atât dreptul la reparaţie cât şi obligaţia corelativă de reparare a prejudiciului cauzat victimei, componente ale patrimoniului, sunt transmisibile, universal sau cu titlu universal, ca efect al moştenirii legale sau testamentare, ori ca efect al modurilor legale de transmisiune a obligaţiilor (cesiunea de creanţă, subrogaţia, preluarea datoriei, novaţia). La fel de adevărat este că debitorul se află de drept în întârziere când obligaţia se naşte din săvârşirea unei fapte ilicite extracontractuale[25], aşa cum se dispune la art. 1523 alin. (2) lit. e) C. civ. Acestui drept însă, nu-i pot fi aplicabile toate dispoziţiile privind transmisiunea şi stingerea obligaţiilor, cum prevede textul invocat de la art. 1381 alin. (3) C. civ. Faptul că vorbim de o creanţă informă, care nu este încă *lichidă*, nu poate fi lipsit de importanţă practică. Şi că este aşa, rezultă din faptul că un mod de stingere a obligaţiilor inaplicabil la acest moment, este *compensaţia,* care, potrivit art. 1617 alin. (1) C. civ. operează „{…} de îndată ce există două *datorii certe, lichide şi exigibile*, oricare ar fi izvorul lor, şi care au ca obiect o sumă de bani sau o anumită cantitate de bunuri fungibile de aceeaşi natură". Or, simplul drept al victimei la reparaţie nu întruneşte această condiţie. Tot astfel, potrivit art. 1391 alin. (3) C. civ., „Dreptul la despăgubire pentru atingerile aduse drepturilor inerente personalităţii oricărui subiect de drept va putea fi cedat numai în cazul când a fost stabilit printr-o tranzacţie sau printr-o hotărâre judecătorească". Mai mult, dispoziţia de la alin. (4) prevede că „Dreptul la despăgubire, recunoscut potrivit dispoziţiilor prezentului articol, nu trece la moştenitori"[26]. Prin urmare, nici în aceste situaţii, dreptului la despăgubire nu-i sunt aplicabile „toate dispoziţiile legale privind transmisiunea obligaţiilor"[27].

5. Evaluarea prejudiciului reparabil. În strânsă legătură cu discuţia anterioară privitoare la momentul naşterii dreptului victimei la despăgubiri, se pune o întrebare cu consecinţe juridice considerabile, privitoare la data evaluării prejudiciului reparabil, întrebare curentă în materia reparării prejudiciului, la care orice judecător investit cu acţiunea în

pretenţii va trebui să dea un răspuns explicit. Răspunsul va lămuri şi dacă hotărârea pronunţată în procesul iniţiat de victimă, are caracter *declarativ* sau *constitutiv* de drepturi.

Multă vreme doctrina şi jurisprudenţa au considerat că echitatea cere ca evaluarea prejudiciului să se facă la data producerii prejudiciului, fără să fie avute în vedere fluctuaţiile ulterioare ale pieţii, soluţie considerată a fi impusă de însăşi finalitatea răspunderii delictuale, repunerea victimei în situaţia anterioară, adică cea existentă la data producerii prejudiciului. Astfel, în cazul sustragerii ori distrugerii unei opere de artă, valoarea acesteia avută în vedere la determinarea despăgubirii, era cea pe care un asemenea bun îl avea la data săvârşirii faptei prejudiciabile. Odată cu instalarea procesului de eroziune monetară, s-a constatat însă că evaluarea făcută la data producerii prejudiciului dezavantajează victima, pentru că este obligată să primească o despăgubire sensibil diminuată în raport de preţurile de înlocuire ale bunurilor distruse, existente la data pronunţării hotărârii. Este motivul pentru care, atât jurisprudenţa cât şi doctrina modernă, au statuat că „dacă dreptul la reparaţie se naşte în momentul producerii prejudiciului, reparaţia trebuie făcută în raport de evaluarea prejudiciului la momentul judecăţii”[28].

Apoi, unele efecte prejudiciabile se produc în timp, după ce se cauzează prejudiciul prin fapta celui chemat să răspundă, cum este cazul celor corporale, când, potrivit art. 1387 C. civ., despăgubirea trebuie să cuprindă, pe lângă echivalentul câştigului din muncă de care cel păgubit a fost lipsit, sau pe care este împiedicat să îl dobândească prin efectul pierderii sau reducerii capacităţii sale de muncă, şi cheltuielile de îngrijire medicală şi, dacă va fi cazul, cheltuielile determinate de sporirea nevoilor de viaţă ale celui păgubit, precum şi orice alte prejudicii materiale”[29], urmări care se vor produce mai târziu, fiind determinate de judecător.

Dată fiind importanţa evaluării prejudiciului la momentul judecăţii, prin Rezoluţia 75-7 a Consiliului Europei din 14 martie 1975, menită să armonizeze reglementările privind remedierea prejudiciilor corporale la nivelul statelor componente, au fost avansate 19 principii de bază aplicabile reparării prejudiciilor cauzate de leziunile corporale sau de deces, dintre care primele două sunt fundamentale: restabilirea unei situaţii cât mai apropiate de starea victimei anterioară cauzării prejudiciului şi calcularea indemnizării victimei în ziua judecării cauzei.

Potrivit art. 1386 alin. (2) C. civ. „La stabilirea despăgubirii se va avea în vedere, dacă prin lege nu se prevede altfel, data producerii prejudiciului”. Interpretând noile texte normative în succesiunea lor, vom constata că denumirea marginală de la art. 1386 C. civ. priveşte „formele reparaţiei”, şi nu „întinderea reparaţiei”, materie deja reglementată în textul anterior de la art. 1385 C. civ. Cum formele de executare sunt cele prevăzute la alin. (1) al art. 1386 C. civ. (repararea în natură sau prin prin plata unei despăgubiri, totale sau prin prestaţii periodice), logic ar fi să considerăm că „stabilirea despăgubirii” priveşte alegerea uneia dintre formele reparaţiei. Cu toate acestea, printr-o interpretare raţională a textului, peste litera şi sistematizarea materiei supuse reglementării, ambele defectuoase, doctrina care a comentat

noile prevederi, a apreciat că textul se referă la „determinarea cuantumului despăgubirilor”[30]. Altfel spus, într-o exprimare şi mai proprie, este vorba de „evaluarea despăgubirii”.

Pe fond, noua soluţie a fost criticată pentru că, „deşi este logică, ea este inechitabilă şi contravine practicii judiciare, care impune ca valoarea să fie stabilită la data pronunţării hotărârii de condamnare la reparaţie”[31].

Raliindu-ne acestor aprecieri, vom adăuga că noua reglementare este şi în dezacord cu orientările europene în materie, favorabile victimei interesate de valoarea prejudiciului la momentul când creanţa sa devine lichidă. Astfel, potrivit Proiectului francez Catala de reformă a dreptului obligaţiilor şi al prescripţiei, judecătorul evaluează prejudiciul la data când se pronunţă, ţinând cont de toate circumstanţele care i-ar fi putut afecta consistenţa[32]. Aceeaşi soluţie a fost pronunţată în mod constant de Curtea de casaţie franceză, potrivit căreia „creanţa născută dintr-un delict sau cvasidelict nu există decât începând cu ziua în care ea a fost juridic constatată, victima neavând până atunci, niciun titlu de creanţă şi nici un drept de care s-ar putea prevala[33].

De altfel, soluţia avansată de actualul Cod civil este în dezacord şi cu propriile reglementări din materia prejudiciului corporal, evaluat la data judecăţii. Potrivit art. 1387 alin. (1) C. civ., în cazul vătămarii integrităţii corporale sau sănătăţii, despăgubirea trebuie să acopere cheltuielile de îngrijire medicală, precum şi pe cele determinate de sporirea nevoilor de viaţă ale celui păgubit, precum şi orice alte prejudicii materiale[34], care nu pot fi cunoscute decât la data pronunţării hotărârii. Aşa se explică de ce, potrivit art. 1387 alin. (3) C. civ., în asemenea situaţii „{…} instanţa va putea acorda celui păgubit o despăgubire provizorie pentru acoperirea nevoilor urgente”, ceea ce înseamnă că despăgubirile finale vor fi evaluate la data judecării în fond a cauzei.

Sunt şi situaţii în care victima a înlăturat pe cheltuiala proprie prejudiciul suferit, reparându-şi, de exemplu, bunurile deteriorate. În acest caz, despăgubirile vor fi raportate la data când a fost efectuată reparaţia, în limitele cheltuielilor efectuate.

6. Repararea integrală a prejudiciului, mit sau realitate? În materia reparării prejudiciului există câteva formule rituale: „repunerea victimei în situaţia anterioară”, „repararea integrală”, „repararea în natură a prejudiciului”. Cum repunerea victimei *in statu quo ante* este, de cele mai multe ori, imposibilă, prin forţa împrejurărilor, nici repararea prejudiciului nu poate fi integrală, în adevăratul sens al cuvântului, dat fiind caracterul, de cele mai multe ori, ireversibil al prejudiciului suferit. Tot ce îşi poate propune dreptul, este doar „restabilirea cât mai exact cu putinţă a echilibrului afectat de pagubă”, după o formulă mai rezonabilă adoptată de unul dintre cei mai reprezentativi autori de drept al răspunderii[35], şi preluată ulterior de Curtea de casaţie franceză[36].

Repararea integrală a prejudiciului are loc doar când nu vine în coliziune cu alte reglementări. Aşa se explică de ce art. 1385 alin. (1) C. civ. dispune că „Prejudiciul se repară integral, dacă prin lege nu se prevede altfel”. Deşi această prevedere a fost aspru criticată, susţinându-se că “limitarea dreptului victimei de a pretinde acoperirea întregului prejudiciu

prin adoptarea unor dispoziţii legale speciale ar fi de natură să încalcedispoziţiile art. 6 alin. (1) din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului {…}”[37], în opinia noastră, ea este raţională, pentrucă nu face decâtsăiaact de o serie de alteraţiuni care impun o asemenealimitare. Astfel, sub presiunea exercitată de mişcarea de protecţie a consumatorilor, în ambianţa ideilor solidariste, are loc un nou val de moralizare a întregii răspunderi civile. Recunoaşterea dreptului pe care îl are judecătorul de a interveni în contracte, adaptându-le chiar peste voinţa părţilor, noua poziţionare faţă de contractul lezionar, instituirea unor obligaţii de loialitate şi bună-credinţă în toată evoluţia contractului, obligaţia creditorului de a lua măsuri pentru limitarea prejudiciului cauzat de debitor (subiect asupra căruia vom reveni în cele ce urmează), sunt soluţii noi care îşi caută loc şi în cadrul răspunderii delictuale. Ele sunt însă diferit amenajate şi motivate. Dacă Proiectul Catalarecunoaşte judecătorului dreptul de a modera, chiar din oficiu, despăgubirile convenite de părţi, când ele sunt vădit excesive[38], art. 944 din Codul civil al Braziliei, intrat în vigoare în anul 2002, recunoaşte judecătorului dreptul de a reduce, în mod echitabil, cuantumul reparaţiei când există o disproporţie excesivă între gravitatea culpei şi paguba suferită de victimă. Aceeaşi soluţie este avansată şi de Principiile dreptului european al răspunderii delictuale (EGTL). De această dată, reducerea despăgubirilor acordate victimei poate fi dispusă când ele au devenit „opresive” în raport de situaţia financiară a victimei[39]. În asemenea situaţii, tranzacţia părţilor privind despăgubirile ar putea fi atacată pentru leziune, contrar soluţiei de la art. 1224 C. civ. care le exceptează de la anulare pentru acest motiv[40].

Fără a merge atât de departe, Codul nostru civil instituie la art. 1386 alin. (4) posibilitatea revizuirii despăgubirii. Astfel, „În cazul prejudiciului viitor, despăgubirea, indiferent de forma în care s-a acordat, va putea fi sporită, redusă sau suprimată, dacă, după stabilirea ei, prejudiciul s-a mărit, s-a micşorat ori a încetat”. Prin urmare, toate aceste modificări ulterioare sunt determinate exclusiv de modificarea prejudiciului, şi nu de situaţia financiară a părţilor sau de solvabilitatea celui chemat să răspundă.

O soluţie surprinzătoare şi în disonanţă cu toate reglementările prezente sau proiectate în materia reparării prejudiciului, care va crea dificultăţi serioase în practică, este cea de la art. 1386 alin. (1) C. civ., potrivit căreia, dacă victima nu este interesată de reparaţia în natură, repararea prejudiciului se va face prin plata unei despăgubiri, stabilite prin acordul părţilor sau, în lipsă, prin hotărâre judecătorească. Acest text normativ a fost criticat de doctrină, apreciindu-se că ar putea genera abuzuri ale victimei, care „ar putea pretinde plata de despăgubiri şi în acele cazuri în care este posibilă acoperirea daunei în natură”[41]. A fost exprimat şi un punct de vedere contrar, potrivit căruia victima este „singura în drept să aleagă discreţionar dacă reparaţia i se va plăti în natură sau în echivalent bănesc”[42].

Avem serioase rezerve în a recunoaşte dreptul discreţionar al victimei de a opta între cele două modalităţi de reparare, având în vedere soluţiile din dreptul comparat, deja evocate, care permit judecătorului să dispună compensarea prejudiciului doar prin echivalent, când executarea în natură se dovedeşte a fi excesiv de oneroasă pentru debitor, aşa cum prevede Codul civil italian(art. 2058 alin. 2 C. civ. italian)[43].

7. Repararea provizorie. În materia prejudiciului corporal, dispoziţia de la art. 1387 alin. (3) C. civ. prevede că „În toate cazurile, instanţa va putea acorda celui păgubit o despăgubire provizorie pentru acoperirea nevoilor urgente". Aşa cum s-a remarcat, asemenea situaţii se află, de multe ori, la graniţa dintre prejudiciul viitor şi prejudiciul eventual, unde despăgubirile pot avea ca obiect, atât prejudiciul efectiv, a cărui certitudine este evidentă, cum este cel care priveşte costul unei proteze pentru victima căreia i s-a cauzat o invaliditate permanentă, dar şi evitarea riscului unor prejudicii viitoare mai grave, caz în care cel chemat să răspundă ar putea fi obligat la suportarea preţului unor medicamente costisitoare de import, menite să oprească procesul de deteriorare a sănătăţii victimei. Fiind vorba de „nevoi urgente" şi de o aparenţă a dreptului suficient conturată, calea procesuală de urmat nu poate fi alta decât ordonanţa preşedinţială. Potrivit art. 996 alin. (1) C. proc. civ. „Instanţa de judecată, stabilind că în favoarea reclamantului există aparenţa de drept, va putea să ordone măsuri provizorii în cazuri grabnice, pentru păstrarea unui drept care s-ar păgubi prin întârziere, pentru prevenirea unei pagube iminente şi care nu s-ar putea repara, precum şi pentru înlăturarea piedicilor ce s-ar ivi cu prilejul unei executări". Cum soluţionarea cererii pe calea ordonanţei preşedinţiale impune examinarea aparenţei de drept şi a celorlalte condiţii în cauza dată, repartizarea ei ar trebui făcută judecătorului desemnat să soluţioneze pe fond cauza.

Tot astfel, o reglementare nouă, privitoare la „depăşirea inconvenientelor normale ale vecinătăţii", deşi este plasată de actualul Cod civil la art. 630 C. civ., în cadrul limitelor judiciare ale dreptului de proprietate privată, după modelul Codului civil din Quebec, reprezintă de fapt o ipoteză de răspundere delictuală a proprietarului care cauzează inconveniente mai mari decât cele normale în relaţiile de vecinătate[44]. Potrivit prevederii de la alin. (4) al acestui articol, „Dacă prejudiciul este iminent sau foarte probabil, instanţa poate să încuviinţeze pe cale de ordonanţă preşedinţială, măsurile necesare pentru prevenirea pagubei". Este vorba de o dispoziţie care evidenţiază rolul preventiv al răspunderii delictuale. Chiar dacă măsurile ce pot fi luate pe calea ordonanţei sunt altele decât indemnizarea victimei, ele sunt de natură să repună victima în situaţia anterioară, prin desfiinţarea unor lucrări sau stoparea unor activităţi, cum ar fi închiderea unei discoteci, care perturbă liniştea vecinilor din zonă, sau oprirea oricăror activităţi de natură să prejudicieze pe proprietarul învecinat, măsuri care se integrează în procesul de reparare a prejudiciului. Dacă judecătorul va considera că prejudiciul este minor în raport de activităţile desfăşurate de către proprietar, va putea încuviinţa continuarea activităţilor, obligând însă la despăgubiri pe cel prejudiciat. Repararea provizorie nu trebuie confundată cu repararea anticipată.

8.Obligaţia victimei de minimizare a prejudiciului suferit. Privire comparativă.

Cunoscută în dreptul anglo-saxon sub denumirea *thedutytomitigatedamages*, obligaţia creditorului de a minimiza prejudiciul suferit prin măsuri rezonabile constituie astăzi obiect de controversă doctrinară şi jurisprudenţială. Ea s-a impus, mai întâi, în reglementarea contractelor în sistemul de drept commonlaw, cea care, datorită pragmatismului său, a influenţat o serie de reglementări continentale, fiind consacrată în Convenţia Naţiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internaţională de mărfuri încheiată la Viena la 11 aprilie 1980 (CVIM). Potrivit art. 77 din acest important izvor de drept al comerţului internaţional, „partea

care invocă încălcarea contractului trebuie să ia măsuri rezonabile, în raport de împrejurări, pentru a limita pierderea, inclusiv câştigul nerealizat, rezultat al încălcării. Dacă ea neglijează să o facă, partea în culpă poate cere o reducere a daunelor-interese egală cu mărimea pierderii care ar fi trebuit evitată". Aceeaşi obligaţie este instituită şi de art. 7.4.8 alin. (1) din Principiile Unidroit aplicabile contractelor internaţionale, potrivit căruia „debitorul nu răspunde de prejudiciu în măsura în care creditorul ar fi putut să-l atenueze prin mijloace rezonabile". Pentru a încuraja conduita diligentă a creditorului, textul de la alin. (2) al aceluiaşi articol, prevede că el poate recupera cheltuielile rezonabile făcute în vederea atenuării prejudiciului. La rândul lor, Principiile dreptului european al contractelor, la art. 9:50 rezervat reducerii prejudiciului, prevede că „debitorul nu este ţinut de prejudiciul suferit de creditor, în măsura în care acesta din urmă putea reduce prejudiciul său prin măsuri rezonabile", ceea ce îi conferă creditorului dreptul la rambursarea tuturor cheltuielilor rezonabile, angajate pentru reducerea prejudiciului".

În dreptul american, teoria „avoidablesconsequences" (urmări evitabile) a fost însuşită de o jurisprudenţă consistentă, potrivit căreia creditorul are dreptul să-şi recupereze cheltuielile rezonabile făcute în vederea minimizării prejudiciului, la fel cum este exclus de la reparaţie prejudiciul care putea fi evitat prin aceleaşi măsuri. Obligaţia de minimizare a prejudiciului de către creditor este instituită şi în alte legislaţii, precum Codul civil italian[45] sau Codul civil etiopian[46]. Jurisprudenţa germană a extins prevederea de la art. 254 care priveşte pe creditor şi la răspunderea delictuală. Aceeaşi soluţie, de această dată aplicabilă ambelor răspunderi, este avansată şi de Codul elveţian al obligaţiilor, unde „judecătorul poate reduce daunele-interese ori le poate refuza atunci când victima a consimţit la leziunea ce i-a fost cauzată sau când faptele acesteia au contribuit la producerea pagubei, la majorarea ei sau când au agravat situaţia debitorului".

Ideea de a sancţiona conduita culpabilă a victimei nu este nouă. Încă din secolului al XVII-lea, Jean Domat, autorul lucrării monumentale „Legile civile în ordinea lor naturală", referindu-se la răspunderea delictuală, consideră că trebuie să se examineze dacă victima a avut sau nu posibilitatea de a minimiza paguba suferită. Mult mai târziu, René Demogue, teoretizează această obligaţie, ca expresie a solidarismului ce trebuie aplicat şi la răspunderea delictuală, în temeiul bunei-credinţe a victimei, considerând că pretenţiile acesteia la repararea întregului prejudiciu, deşi l-ar fi putut evita sau reduce, reprezintă un abuz de drept.

Cu toate acestea, multă vreme, jurisprudenţa franceză a refuzat să dea eficienţă acestei obligaţii, reţinând în motivarea a două soluţii frecvent citate, că „victima nu este ţinută să limiteze prejudiciul în interesul celui care răspunde"[47]. Ulterior, sub influenţa doctrinei, Curtea de casaţie franceză şi-a moderat poziţia recunoscând, în materia prejudiciului corporal, că victima are o obligaţie implicită de reducere a propriei daune, astfel că, într-o acţiune în care reclamantul pretindea despăgubiri pentru contaminarea prin transfuzie de sânge[48], i-au fost reduse despăgubirile la care era îndreptăţită, în considerarea refuzului său de a urma tratamentul prescris, soluţie salutată de doctrină[49]. Urmare a acestei evoluţii, proiectele franceze de reformă a dreptului obligaţiilor instituie, în mod explicit, obligaţia victimei, reţinând că, în cazul în care nu a luat măsuri rezonabile şi proporţionale de reducere a întinderii prejudiciului, i se va reduce indemnitatea, cu condiţia ca măsurile să nu fi fost de

natură să aducă atingere integrităţii fizice[50]. În acelaşi sens, potrivit Codului civil din Quebec, persoana ţinută la repararea unui prejudiciu, nu răspunde de agravarea acestui prejudiciu pe care victima o putea evita[51].

Codul nostru civil nu sancţionează conduita culpabilă a victimei de a nu fi luat măsuri de diminuare a prejudiciului ce i-a fost cauzat. Faptul că cel prejudiciat poate pretinde şi cheltuielile pe care le-a făcut pentru evitarea sau limitarea prejudiciului, cum se dispune la art. 1385 alin. (3) C. civ., nu constituie temeiul juridic al unei obligaţii propriu-zise. Singura prevedere care ar putea fi privită ca temei de drept al unei asemenea obligaţii a victimei, este cea de la art. art. 1534 alin. (2) C. civ., din materia răspunderii contractuale, potrivit căreia „Debitorul nu datorează despăgubiri pentru prejudiciile pe care creditorul le-ar fi putut evita cu o minimă diligenţă".

În aprecierea noastră, această prevedere nu are legătură cu ideea de *mitigationdamages,* aşa cum a fost ea gândită. În timp ce toate reglementările amintite, inclusiv Codul civil din Quebec, deja citat, sursa cea mai consistentă de inspiraţie pentru Codul nostru civil, priveşte „agravarea prejudiciului pe care creditorul o putea evita", textul românesc se referă la „prejudiciile pe care creditorul *le-ar fi putut evita* {…}". Prin urmare, diferenţa constă în aceea că textul normativ de la art. 1534 alin. (2) C. civ, vizează prejudiciile pe care creditorul le-ar fi putut evita prin conduita lui anterioară, în timp ce *duty of mitigationdamages* este obligaţia creditorului/victimei, *ulterioară cauzării prejudiciului*, când victima sau creditorul ar putea *atenua* prejudiciul suferit.

Pe de altă parte, textul normativ pe care l-am analizat, este amplasat în cadrul răspunderii contractuale. Or, conform art. 1350 alin. (3) C. civ., regulile acesteia nu pot fi înlăturate de la aplicare pentru a opta în favoarea altor reguli care i-ar fi mai favorabile, decât dacă prin lege nu se prevede altfel.

9. Repararea prejudiciilor nepatrimoniale. Având a evalua actualele reglementări în materia reparării prejudiciului în cadrul răspunderii delictuale, nu putem evita reglementarea de la art. 1391 C.civ. ,deşi ne-am exprimat un punct de vedere cu privire la acest subiect în cadrul unui studiu anterior[52]. De această dată, le vom inventaria doar, dintr-o perspectivă personală.

Sintagma „prejudicii nepatrimoniale" o găsim criticabilă, pentru cel puţin două motive: în primul rând, orice noţiune de drept trebuie definită prin *ce este* ea în realitate, şi nu prin ce *nu este*; apoi, plasarea prejudiciilor morale într-un plan secund faţă de cele patrimoniale, evidenţiază o poziţionare inacceptabilă faţă de valorile morale ale persoanei, care ar trebui protejate cu prioritate de drept.

Calificarea prejudiciului moral drept prejudiciu reparabil are ca efect convertirea lui într-un element al patrimoniului persoanei, în dezacord cu toate distincţiile operate de drept între valorile patrimoniale şi cele morale. Apoi, există consens doctrinar că vătămările morale nu pot fi susceptibile de o reparaţie propriu-zisă, iar dacă totuşi, indemnizarea victimei este o soluţie practicată pretutindeni, ea nu se face cu titlu de reparaţie, menită a repune victima *in statu quo ante,* ci doar pentru a procura victimei un substitut, o *alinare* sau, de cele mai multe

ori, o *satisfacţie* pe care o furnizează simpla reacţie a justiţiei de a recunoaşte caracterul nepermis a faptelor vătămătoare ale agentului.

Din perspectiva sistematizării prevederilor normative, sunt avansate reglementări paralele ale aceleaşi materii: titlul V din cartea I, este rezervat apărării drepturilor nepatrimoniale, în care, potrivit art. 253 alin. (4) C. civ. este inclus dreptul persoanei prejudiciate de a cere „despăgubiri sau, după caz, o reparaţia patrimonială pentru prejudiciul chiar nepatrimonial, ce i-a fost cauzat, dacă vătămarea este imputabilă autorului faptei prejudiciabile", în timp ce prevederile de la art. 1391 C. civ. privesc repararea altor prejudicii, tot nepatrimoniale. În acest din urmă caz, este vorba de repararea *anumitor* prejudicii, şi nu de repararea *oricăror* prejudicii morale, contrar dispoziţiei de la art. 1381 alin. (1), analizată deja, potrivit căreia „Orice prejudiciu dă dreptul la reparaţie". Tot astfel, dispoziţia de la alin. (3) al aceluiaşi articol se referă la cedarea dreptului la despăgubiri pentru atingerile aduse drepturilor inerente personalităţii oricărui subiect de drept, deşi protecţia acestora face obiectul de reglementare al art. 252 C. civ.

Terminologia juridică folosită de actualele reglementări nu este unitară: în materia apărării drepturilor nepatrimoniale, este vizată „vătămarea imputabilă faptei prejudiciabile", în timp ce repararea prejudiciului nepatrimonial este efectul răspunderii pentru „fapta ilicită, săvârşită cu vinovăţie". Cât priveşte distincţia între „despăgubiri" şi „reparaţia patrimonială", ea ar putea avea justificare, dacă avem în vedere că despăgubirile se acordă în considerarea unor pagube, care nu pot fi decât materiale, în timp ce reparaţia patrimonială se acordă în cazul unor vătămări morale, ce nu pot fi numite „pagube". Dar, criticabile sunt şi alte exprimări, precum cea de la art. 256 alin. (1) C. civ., potrivit căreia „acţiunea pentru restabilirea dreptului nepatrimonial încălcat poate fi continuată sau *pornită,* după moartea persoanei vătămate…", sau cea de la art. 1391 alin. (4) potrivit căreia „dreptul la despăgubiri {…} nu *trece la moştenitori*", când, de fapt, este vorba de „iniţierea acţiunii" şi de „transmiterea dreptului la moştenitori".

Departe de a da răspunsuri coerente controversei clasice privind prejudiciile morale, noile reglementări nu fac decât să nască multe alte întrebări. Câtă vreme se va vorbi de „repararea" unor prejudicii, care, prin natura lor, sunt ireparabile, disputele doctrinare vor continua.

REFERINŢE BIBLIOGRAFICE

[1] G. Cornu, *Vocabulairejuridique,* PUF, p. 803.

[2] O serie de reglementări europene evită formula „repararea prejudiciului", printre care Codul civil italian, potrivit căruia, obligaţia respondentului priveşte compensarea pagubei („risarcimentodeidanni" - art. 2043 şi urm.); în dreptul englez, „full compensation". La fel, Codul civil al Portugaliei (art. 483), defineşte principiul răspunderii pentru fapte ilicite folosind verbul „indemnizar".

[3] M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei, 1972, p. 469.

[4] S. Neculaescu, *Răspunderea civilă delictuală. Examen critic al condiţiilor şi fundamentării răspunderii civile delictuale în dreptul civil român.* Ed. Şansa, Bucureşti, 1994, p. 94.

[5] Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilite et des contrats*, Dalloz, 2000, p. 565.

[6] S. Neculaescu, *Prejudiciul constand în vătămarea unui interes in noul Cod civil român,* Studii de drept românesc nr. 2/2010, p.

[7] S. Neculaescu, *Pierderea şansei – prejudiciu reparabil,* Studii de drept românesc nr. 4/2009, p. 323 şi urm.

[8] Cazul Perruche, apud X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité,* L.G.D.J., 2004, p. 152.

[9] C. Stătescu, C. Bîrsan, Drept civil. *Teoria generală a obligaţiilor, ediţia a IX-a revizuită şi adăugită,* p. 147.

[10]Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, p.135, R. Cabrillac, *Droit des obligation 10-e édition,*Daloz, 2012, p. 254-256.

[11] Fr.Terré, Ph. Simler, Yv. Lequette, *Droit civil. Lesobligations,*Dalloz, 2009, p. 723, Ph. Malaurie, L. AynèsPh. Stoffel-Munc, Lesobligations, DefrénoisLextensoédition, 2009, p. 138, A. Bénabent, *Droit des obligations*, MontchrestienLextensoéditions, 2012, pp. 485-487.

[12]Yv. Lambert-Faivre, *Droit du dommagecorporel, Systèmesd'indemnisation*, Dalloz, 2000.

[13] L. Pop, p. 415.

[14]Art. 1457, **a**lin. (2). Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'ellemanque à ce devoir, responsable du préjudicequ'ellecause par cettefaute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

[15]Art. 1343.Est réparabletoutpréjudicecertainconsistant dans la lésiond'unintérêt licite, patrimonial ou extra-patrimonial, individuel ou collectif.

[16]Art. 1343.Est réparabletoutpréjudicecertainconsistant dans la lésiond'unintérêt licite, patrimonial ou extra-patrimonial, individuel ou collectif.

[17] Pentru detalii, a se vedea S. Neculaescu, *Răspunderea delictuală în noul Cod civil. Privire critică,* Dreptul nr. 4/2010.

[8]Fr.Terré, Ph. Simler, Yv. Lequette, *op. cit.*, p. 609.

[19] Ph. Brun, *op. cit.*, p. 371.

[20] M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei, Bucureşti, 1972, p. 469.

[21] Ibidem.

[22] Despre distincţia pagubă – prejudiciu, a se vedea S. Neculaescu, *Răspunderea civilă delictuală. Examen critic …*, *op. cit*., pp. 35-36.

[23] R.L.Boilă, în Fl. A. Baias şi colaboratorii, *Noul Cod civil. Comentarii pe articole*, Ed. C.H.Beck, 2012, p. 1457

[24] L. Pop, în lucrararea colectivă *Tratat de drept civil. Obligaţiile (conform noului Cod civil)*, Ed. Universul Juridic, 2012, p. 558.

[25] Sintagma „faptei licite extracontractuale" este inadecvată. Ar însemna săadmitem, implicit, perechea„fapte ilicite contractuale", o exprimare şi mai insolită. Din perspectivă

terminologică, nici sintagma"răspundere extracontractuală", specifică limbajului juridic francez, nu este însuşită de Codul nostru civil, care prefer sintagma „răspundereadelictuală", opţiune care se cere a fi conservată în toate prevederile normative care o privesc.

[26] Semnalăm, şi cu acest prilej, că, în limbaj juridic, drepturile nu „trec" la moştenitori, ci se „transmit" acestora.

[27] Este de remarcat că titlul VI rezervat transmisiunii şi transformării obligaţiilor priveşte doar operaţiunile juridice *inter vivos,* cu toate că transmisiunea lor poate face şi obiectul moştenirii legale sau testamentare. Tocmai de aceea, Proiectul Catala preferă sintagma „des operations sur creances".

[28]A. Bénabent, *Droit des obligations, 13-e édition*, Montchrestien, 2012, p. 512.

[29] Sintagma „orice prejudicii materiale" este nepotrivită, în condiţiile în care prejudiciile vizate nu pot fi decât cele care sunt circumscrise nevoilor de viaţă ale victimei.

[30] R.L.Boilă, în lucrarea colectivă *Comentariu pe articole, op. cit.,* pp. 1463-1464.

[31] P. Vasilescu, *Obligaţiile...,op. cit.,* p. 668. În acelaşi sens, a se vedea L. Pop, *op. cit*., p. 569,

[32]Art. 1372. Le jugeévalue le préjudice au jouroùilrend sa décision, en tenant compte de touteslescirconstancesquiont pu l'affecter dans sa consistancecomme dans sa valeur, ainsique de son évolutionraisonnablementprévisible.

[33] Apud Ph. Brun, *op. cit*., p. 370

[34] Soluţia de a acorda victimei, în cazul vătămării integrităţii corporale sau a sănătăţii (prejudiciu corporal), despăgubiri pentru „orice alte prejudicii materiale", fără nicio determinare a lor, este inacceptabilă. Asemenea „alte prejudicii materiale" pentru care victima poate cere despăgubiri se cer a fi circumscrise strict efectelor pe care le-a produs vătămarea sănătăţii sau integrităţii corporale (la care ar trebui adăugată integritatea psihică a persoanei).

[35] R. Savatier, *Traité de la responsabilité en droitfrançais civil, tome 2, 2-eme édition*, LGDJ, 1951, nr. 601.

[36] Apud Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Lesobligations, 4-eme édition,*Défrenois, Lextensoédition, Paris, 2009, p. 131.

[37] Cr. Zamşa, în lucrarea colectivă *Noul Cod civil, Comentarii pe articole, op. cit.* p. 1461.

[38] Art. 1383. Lorsquelespartiesontfixé à l'avance la réparationdue, le jugepeut, mêmed'office, modérer la sanctionconvenue si elle est manifestementexcessive.

[39] Art. 10:401. Dans un cas exceptionnel, si à la lumière de la situation financière des parties la compensation intégrale constituait une charge oppressive pour le défendeur, le montant des dommages-intérêts pourrait être réduit. Pour décider si cette réduction doit avoir lieu, il devra notamment être tenu compte du fondement de la responsabilité, de l'étendue de la protection de l'intérêt et de l'importance du préjudice.

[40] Pentru opinia potrivit căreia tranzacţia nu ar trebui exceptată de la admisibilitatea leziunii, a se vedea S. Neculaescu, *Izvoarele obligaţiilor…, op. cit*., pp. 235-236.

[41] R.L.Boilă, *op. cit*., p. 1464.

[42] P. Vasilescu, *Drept civil. Obligaţii (în reglementarea noului Cod civil),* Ed. Hamangiu, 2012, p. 667.

[43]Art. 2058. Risarcimento in forma specifica.
1. Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile.
2. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore.

[44] O asemenea calificare o regăsim în Proiectul francez Catala de reformă a dreptului obligaţiilor şi al prescripţiei la art. 1361.

[45] Art. 1227. Ilrisarcimento non è dovuto per i dannicheil creditore avrebbepotuto evitare usandol'ordinariadiligenza

[46]Art. 1802. La partiequiinvoquel'inexécution du contrat est tenue de fairetout ce quipeutêtreraisonnablementattendud'elle afin de diminuer la pertesubie. Si elleneglige de le faire, la partiequin'a pas executé le contract peut se prévaloir de cettenegligencepourdemander la reduction des dommagesintérêts.

[47] J. Flour, J-l. Aubert, É. Savaux, *Droit civil. Lesobligations. 2. Le faitjuridique, 13-e édition*, DallozSirey, 2009, p. 474.

[48] Ibidem.

[49] Ibidem.

[50]Art. 1373 Pr. Catala. Lorsque la victime avait la possibilité, par des moyenssûrs, raisonnables et proportionnés, de réduirel'étendue de son préjudice ou d'enéviterl'aggravation, il sera tenucompte de son abstention par uneréduction de son indemnisation, sauflorsquelesmesuresseraient de nature à porter atteinte à son intégritéphysique.

[51]Art. 1479. La personne qui est tenue de réparer un préjudice ne répond pas de l'aggravation de ce préjudice que la victime pouvait éviter.

[52] Pentru detalii, a se vedea S. Neculaescu, *Observaţii critice in legătură cu reglementarea reparării prejudiciilor morale în noul Cod civil,* Dreptul nr. 5/2010, p. 39 şi urm.

THE LEGAL REGIME OF THE ACROSS BORDERS INSOLVENCY UNDER ECONOMIC GLOBALIZATION

Viorel Găină, Prof., PhD and Andra Maria Găină, Assist. Prof., PhD, University of Craiova

Abstract: Globalization is a phenomenon that interconnects at the global scale all the components of the social life with the consequence of acceleration of the movement of the goods, services, capital and labor.
It generates differentiated effects, positive and sometimes even negative, because of the interdependences that exist across borders in the field of production, finance, trade.
The state of difficulty in which a trader from a certain area can be found, might have effects or can be extended to other traders from other areas.
The procedures of across borders insolvency are applicable to the private international law relations with foreign element that are subject to settlement due to the opening of an insolvency procedure.
The specific legal regime in across borders insolvency is determined in Romania by the Law no.85/2014 on procedures to prevent insolvency and insolvency.
These rules govern in across borders insolvency the following: the relations with the third states; the coordination of insolvency proceedings of the groups of companies; the relations of private international law in bankruptcy of credit institutions; the relations of private international law in bankruptcy of the insurance-reinsurance companies.

Keywords: across borders insolvency; globalization; groups of companies; the insolvency of the groups of companies; bankruptcy of the insurance companies.

I. Globalizarea economică - un fenomen cu valențe transfrontaliere

1. Ce este globalizarea economică?

Globalizarea este un fenomen care se manifestă în toate componentele activității sociale: economic; social; politic; militar; cultural; etc. Ea este o interconectare[1] la nivel mondial a tuturor aspectelor vieții sociale, de la finanțe la sfera spirituală și de la cultură la criminalitate.

Globalizarea este un proces care presupune o diversitate[2] de lucruri și fenomene precum: circulația ideilor și informațiilor; o economie globală; o societate civilă globală; experiențe culturale comune; o mișcare ecologistă globală.

[1] **D. Held, A. McGrew, D. Goldblatt, J.Parraton**, *Transformări globale. Politică, economie și cultură*, Ed. Polirom, iași, 2004, p.26; **J.E.Stiglitz**, *Globalizarea. Speranțe și deziluzii*, Ed. Economică, București, p.37.
[2] **J.E.Stiglitz**, *Mecanismele globalizării*, Ed. Polirom, București, 2008, p.19; **V. Stănescu**, *Globalizarea spre o nouă treaptă de civilizație*, Ed. Eikon, Cluj-Napoca, 2008, p. 444; **Guillermo de la Dehesa**, *Învingători și învinși în globalizare*, Ed. Historia, București, 2007, p.9

O componentă de bază a globalizării este globalizarea economică. Globalizarea economică[3] este un proces dinamic, al cărui conținut constă în adâncirea și extinderea relațiilor la nivel tranfrontalier. Ea se manifestă în direcții precum producția, finanțele, comerțul și forța de muncă. Globalizarea economică are ca scop creșterea și dezvoltarea economică. Consecințele globalizării economice sunt diferențiate, adică pozitive generale (ex: creșeterea PIB-ului; creșterea venitului pe cap de locuitor), care se obțin în funcție de gradul de dezvoltare și de integrare a participanților, dar pot fi și negative (afectarea mediului; șomaj; creșterea criminalității; răspândirea bolilor).

Apreciem că globalizarea economică este procesul adâncirii și extinderii relațiilor economice internaționale care constă în creșterea interdependențelor dintre economiile naționale sau fluxurilor generate de acestea spre o economie internațională pe fondul legăturilor transfrontaliere din domeniile producției, finanțelor, comerțului, serviciilor, forței de muncă, în scopul creșterii și dezvoltării economice, cu consecința producerii de efecte generale preponderent benefice, dar diferențiate în segmentele organizării sociale[4] .

2. Formele de manifestare a globalizării economice

a. Identificarea formelor de manifestare a globalizării. Globalizarea economică se manifestă în cadrul economiei globale în diverse forme. Aceste forme sunt: globalizarea producției; globalizarea comerțului; globalizarea finanțelor; globalizarea forței de muncă.

b. Globalizarea producției. Corporațiile transnaționale caută pe fondul liberalizării comerțului și a concurenței crescute de pe piețele internaționale să se aprovizioneze cu materii prime și materiale și forță de muncă la prețuri mici. Ele sunt interesate în același timp să găsească piețe optime pe care să-și valorifice produsele. Produsele sunt rezultatul unor elemente obținute din surse localizate pe piețe din diferite zone ale lumii. Globalizarea producției este foarte pregnantă în sectorele industriale ale confecțiilor, textilelor, automobilelor și bunurilor de larg consum.

c. Globalizarea comerțului. Globalizarea comerțului internațional a fost promovată și susținută de OMC (fost GATT) prin intermediul rundelor de negociere privind integrarea globală.

Efectele globalizării comerțului internațional se regăsesc în câteva elemente determinante care constau în următoarele: creșterea valorică a volumului comerțului internațional; diversificarea obiectului comerțului internațional; scăderea tarifelor medii la produsele industriale.

Importurile mondiale[5] au crescut în anul 2012 față de anul 2000, de la 1259,3 miliarde dolari americani în anul 2000 la 17.333,95 miliarde dolari americani în anul 2012.

Exporturile mondiale au fost în anul 2012 de 16.595,15 miliarde dolari americani, față de 781,9 miliarde de dolari americani în anul 2000.

Obiectul tranzacțiilor comerciale internaționale s-a diversificat calitativ și a evoluat de la comerțul cu produse industriale la comerțul cu servicii (telecomunicații; transport; prelucrare date; internet) și până la valorificarea în comerț a drepturilor de proprietate

[3] **A.M. Găină**, *Globalizarea și crizele financiare*, Ed. ProUniversitaria, București, 2012, p.10
[4] A se vedea și **A.M. Găină**, *op.cit.*, 2012, p.11
[5] http://stats.oecd.org/index.aspx?queryid=167

intelectuală (desene și modele industriale; brevete de invenție; mărci de comerț; licențe de fabricație).

d. Globalizarea financiară. Segmentul financiar din economia internațională este mult mai dinamic decât celelalte segmente. El a fost influențat de progresul tehnologic.

Globalizarea financiară a fost influențată de inovațiile din domeniul tehnologic (informatica; telecomunicațiile; etc.) și de cele financiare (produsele derivate; valorile mobiliare; etc.). Inovațiile tehnologice au permis crearea unui sistem de informare care a facilitat accesul și desfășurarea tranzacțiilor din orice punct al lumii unde există terminal. Inovațiile financiare au constituit elementele unor formule noi de tranzacționare pe piețele financiare și au facilitat circulația fluxurilor de capital pe piețele financiare internaționale.

Piețele financiare au fost dereglementate și liberalizate cu efecte benefice în planul dezvoltării economice dar și cu puncte negative în procesul de globalizare. Procesul de globalizare financiară a fost sprijinit și de instituțiile financiare internaționale (FMI; BM) care au asigurat stabilitatea mișcărilor de capital și au acționat în momente de criză economică pentru restabilirea normalității.

e. Globalizarea pieței forței de muncă. Migrația internațională a forței de muncă este un fenomen care s-a amplificat în perioada contemporană.

Migrația forței de muncă este procesul[6] prin care forța de muncă trece dintr-o țară în alta pentru a-și găsi oportunități de lucru și pentru a presta activitate în afara țării de rezidență permanentă a migranților. Fenomenul migrației forței de muncă are în prezent o mare dimensiune, ajungând la peste 200 milioane de persoane dintr-o populație de peste 7 miliarde de locuitori ai lumii.

Globalizarea pieței internaționale a muncii determină mișcări și în privința șomajului, a costului muncii și a protecției sociale.

Impactul pe care globalizarea îl are asupra pieței muncii trebuie evaluat atât în raport de nivelurile diferite ale sistemului mondial de protecție socială cât și față de standardele neuniforme de muncă[7].

3. Globalizarea economică și insolvența transfrontalieră

Mondializarea economiei pe fondul liberalizării comerțului impune existența și a unor măsuri pentru securizarea raporturilor juridice comerciale, dar și a unor reguli de tratament aplicabile comercianților aflați în dificultate[8].

Operațiunile comerciale în economia globalizată depășesc frontierele naționale și generează efecte la nivel internațional. Stabilitatea și siguranța economiei internaționale depinde de solvabilitatea fiecărui participant la operațiunile integrate în economia globală și în consecință se impune existența unui cadru juridic corespunzător de protecție în cazurile de insolvență transfrontalieră.

Existența unor raporturi juridice cu element de extraneitate[9] comportă un sistem de norme specifice care să asigure un tratament juridic adecvat.

---

[6] **N. Dobrotă, D. Ciucur, M. Cosea, C. Enache, I. Gavrilă, P.T. Ghiță, C. Gogoneață, C. Popescu (coordonatori) și alții**, *Economie politică*, Ed. Economică, București, 1995, p.521

[7] **Guillermo de la Dehesa**, *op.cit.*, 2007, p.95; **I. Bari**, *Globalizarea economiei*, Ed. Economică, București, 2005, p.49.

[8] **M. Dogaru (Comșa),** *Insolvența transfrontalieră*, Resumat teză de doctorat, www.unibuc.ro, p.2

II. Repere ale armonizării și uniformizării internaționale în materia insolvenței transfrontaliere

1. Elemente preliminare

Globalizarea economică a determinat pe lângă consecințele economice pe care le-a produs și o abordare globală[10] a reglementărilor în materie de insolvență.

Reglementările interne ale statelor cu dificultăți au ținut pasul cu expansiunea economică determinată de globalizare și cu efectele internaționale generate de insolvența comercială. Pentru a se asigura un tratament adecvat situațiilor generate de insolvența tranfrontalieră, comunitatea internațională s-a mobilizat și a oferit pe calea convențiilor internaționale reglementări de armonizare și uniformizare a legislației privind procedura insolvenței[11].

Procesul de armonizare și de uniformizare își are începutul la sfârșitul secolului al XVIII-lea și se continuă și în zilele noastre.

2. Tratatul de la Montevideo din anul 1889

În anul 1889 patru state latino-americane au încheiat la Montevideo un tratat care viza insolvența tranfrontalieră. Debitorul care se afla în încetare de plată trebuia supus procedurii lichidării averii. Instanța competentă să administreze procedura este instanța de la sediul debitorului. Dacă debitorul avea afaceri și pe teritoriul altor state și avea sediul în acestea, procedura putea să fie deschisă în oricare dintre aceste state. Administratorul procedurii are autoritate în toate statele contractante.

Creditorii debitorului puteau să deschidă în propriul stat proceduri separate împotriva acestuia. Ei trebuiau să respecte garanțiile reale care fuseseră constituite înainte de declanșarea procedurii asupra debitorului de către creditorii din statele contractante.

3. Tratatul de la Montevideo din anul 1940

În anul 1940 a fost încheiat la Montevideo un tratat privind dreptul internațional privat, de către trei state latino-americane. Acest tratat cuprinde prevederile din cel din 1889 și în plus dispoziții privind redresarea, suspendarea plăților și procedurile similare.

4. Convenția de la Havana din anul 1928

Convenția de la Havana a fost semnată în anul 1928 de 15 state latino-americane.

Convenția de la Havana stabilește că dacă debitorul are mai multe stabilimente în mai multe state, atunci pot exista atâtea proceduri câte stabilimente are. Sunt reglementate în Convenție și recunoașterea hotărârilor, puterile administratorului și regimul transferurilor patrimoniale făcute în perioada suspectă.

---

[9] **O. Ungureanu, C. Jugastru, A. Circa**, *Manual de drept internațional privat*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p.235; **I.P. Filipescu, A. I. Filipescu**, *Tratat de drept internațional privat*, Ed. Universul Juridic, București, 2005, p.422

[10] **V. Găină, A. M. Găină,** *Globalizarea dreptului și suveranitatea statului*, în Globalization and Intercultural Dialogue. Multidisciplinary Perspectives. Section: Law, Editor Iulian Boldea, Ed. Arhipeleag 21, p. 109.

[11] **A. Dobre**, *Evoluția reglementării insolvenței pe plan internațional*, www.juridice.ro , p.2

5. Convenția Statelor Nordice din anul 1933

În anul 1993 cinci state nordice (Danemarca; Finlanda; Islanda; Norvegia; Suedia) au semnat Convenția Statelor Nordice.

Convenția stabilește câteva elemente fundamentale privind unitatea și universalitatea falimentului precum: competența deschiderii procedurii aparține instanței de la sediul debitorului; recunoașterea procedurii de faliment deschisă în statul de sediu al debitorului de către celelalte state; masa pasivă a falimentului se constituie din toate bunurile indiferent de statul în care sunt situate; administrarea masei pasive se face potrivit legii statului unde a fost deschisă procedura; garanțiile asupra bunurilor vor fi guvernate de legea statului unde sunt situate bunurile.

6. Legea model pentru cooperarea în materia insolvenței transfrontaliere din anul 1889

Asociația Internațională a Baroului a propus în anul 1989 o lege model privind cooperarea în privința insolvenței transfrontaliere. Legea conține dispoziții privind administrarea procedurii sub o singură jurisdicție, consacrând teoria unității și universalității falimentului.

7. Convenția de la Istanbul din anul 1990

Convenția de la Istanbul a fost adoptată și semnată în anul 1990 de șapte state europene (Franța, Germania, Italia, Luxemburg, Grecia, Turcia, Cipru), fiind ratificată doar de Cipru.

Convenția cuprinde dispoziții axate în jurul principiului potrivit căruia competența de a deschide procedura falimentului aparține instanței de la sediul principal al destinatarului.

8. Legea model UNCITRAL privind insolvența transfrontalieră din anul 1997

Legea model UNCITRAL privind insolvența transfrontalieră a fost adoptată în anul 1997 de Comisia Națiunilor Unite pentru Dreptul Comerțului Internațional, ca organism subsidiar al ONU.

Ea este un text legislativ de recomandare pentru state pentru a se orienta în adoptarea unei legi naționale în materie .

Legea model UNCITRAL privind insolvența tranfrontalieră oferă soluții pentru armonizarea legislațiilor naționale în materie de insolvență pentru situațiile în care procedura este deschisă într-un stat, iar bunurile debitorului se află pe teritoriul altor state sau creditorii străini aparțin jurisdicției statului în care procedura a fost deschisă.

Legea model UNCITRAL cuprinde dispoziții de armonizare în toată dimensiunea procedurii insolvenței transfrontaliere, de la deschidere și până la finalizarea acesteia.

9. Actul uniform OHADA asupra organizării procedurilor colective de stingere a pasivului din anul 1998

Actul uniform asupra organizării procedurilor colective de stingere a pasivului a fost adoptat în anul 1998 de OHADA (Organizația pentru Armonizarea în Africa a Dreptului Afacerilor).

Actul consacră principiul unității și universalității falimentului.

Actele de procedură rămase irevocabile pe teritoriul unui stat parte au autoritate de lucru judecat pe teritoriul altor state.

Recunoașterea efectelor unor proceduri colective deschise în jurisdicția competentă a unui stat nu împiedică deschiderea unor alte proceduri pe teritoriul unui stat parte în care debitorul are sediul principal.

10. Regulamentul nr.1346 din 29 mai 2000 al Consiliului Uniunii Europene

Regulamentul nr.1346 din 29 mai 2000 a fost adoptat de Consiliul Uniunii Europene pentru ca procedurile de insolvență transfrontalieră să funcționeze eficient și efectiv.

Pentru asigurarea bunei funcționări a pieței interne este necesar ca părțile să nu fie tentate să transfere bunurile sau procedurile judiciare dintr-un stat membru în altul în încercarea de a obține o situație mai favorabilă.

Regulamentul cuprinde dispoziții privind: competența internațională; legea aplicabilă; drepturile reale ale terților; compensarea; reforma dreptului de proprietate; recunoașterea procedurii de insolvență; procedurile secundare de insolvență; informarea creditorilor; înregistrarea cererilor de admitere a creanțelor.

Regulamentul se aplică pe întreg teritoriul Uniunii Europene și reglementează conflictele de jurisdicții și legi ce s-ar putea ivi între două sau mai multe state memebre ale UE.

Aplicarea Regulamentului este obligatorie în toate statele membre ale UE.

Sistemul procedural instituit de Regulamentul nr.1346/2000 are două componente: o procedură principală a cărei competență jurisdicțională aparține tribunalului locului unde își are centrul intereselor principale cel declarat în insolvență; o procedură secundară în care competența aparține tribunalului locului unde debitorul își are sediul sediul secundar sau bunuri.

Procedura principală este completată de procedura secundară, dar cele două proceduri sunt complementare ca efect al armonizării legislative.

11. Directiva 2001/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului European din anul 2001 privind reorganizarea și lichidarea instituțiilor de credit

Directiva 2001/24/CE a fost adoptată pentru a se asigura un tratament unitar în materie de reorganizare ori lichidare pentru instituțiile de credit în toate statele membre ale Uniunii Europene.

Directiva cuprinde dispoziții inclusiv pentru sucursale instituțiilor de credit, stabilite în statele membre ale Uniunii Europene. Măsurile își produc efecte[12] în întreaga comunitate din momentul în care au produs efecte în statul membru.

[12] **I. Turcu**, *Tratat teoretic și practic de drept comercial*, Vol.IV, Ed. C.K.Beck, București, 2009, p.356

III. Insolvența transfrontalieră în concepția sistemului de drept românesc (Legea nr.85/2014 privind procedurile preventive de insolvență și de insolvență)

1. Raporturile de drept internațional privat în materia insolvenței și domeniul de aplicare a Legii nr.85/2014

a. Raporturile de drept internațional privat în materia insolvenței. Raporturile de drept internațional privat sunt raporturile juridice civile, comerciale și alte raporturi de drept privat care au un element de extraneitate[13].

Elementul de extraneitate constă în legătura pe care raportul juridic de drept internațional privat o are cu mai multe sisteme de jurisdicție[14].

Raporturile de drept internațional privat în materia insolvenței[15] sunt acele raporturi de drept privat cu elemente de extraneitate care sunt supuse soluționării ca urmare a deschiderii unei proceduri de insolvență și în condițiile impuse de această procedură.

Elementul de extraneitate[16] al raporturilor juridice de drept internațional privat există potrivit dispozițiilor legii române[17] în materie de insolvență transfrontalieră în următoarele situații: o procedură străină de insolvență în care se solicită asistența în România de către o instanță străină sau de către un reprezentant străin în legătură cu aceasta; o procedură română de insolvență în care se solicită asistență într-un stat străin în legătură cu aceasta; desfășurarea concomitentă a unei proceduri române de insolvență și a unei proceduri străine de insolvență referitoare la oricare dintre membrii unui grup de societăți; când creditorii străini sau alte persoane interesate dintr-un stat străin sunt interesate să solicite deschiderea în România sau să participe în cadrul unei proceduri deschise.

Procedura străină[18] este procedura colectivă, publică, judiciară sau administrativă care se desfășoară în conformitate cu legislația în materie de insolvență a unui stat străin în care bunurile și activitatea debitorului sunt supuse controlului sau supravegherii unei instanțe străine în scopul reorganizării sau lichidării activității acelui debitor.

Instanța străină[19] este autoritatea judecătorească sau orice altă autoritate competentă potrivit statului de origine care este abilitată să deschidă și să controleze sau să supravegheze o procedură străină și să adopte hotărâri în cursul derulării unei asemenea proceduri.

Creditorul străin[20] este creditorul al cărui domiciliu sau, după caz sediul este stabilit într-un stat străin.

Reprezentantul străin[21] este persoana fizică sau juridică autorizată în cadrul unor proceduri străine să administreze reorganizarea sau lichidarea bunurilor și activitatea debitorului sau să acționeze ca reprezentant al unei proceduri străine.

---

[13] Art. 2557 (2) din Codul civil român

[14] **I. Macovei**, *Drept internațional privat*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p.4; **M. Comșa**, *Rezolvarea situațiilor de insolvență cu element de extraneitate în România. Raporturile cu celelalte state membre ale Uniunii Europene. Regulamentul CE nr.1346/2000*, unpirbv.ro/documente_seminarii/2_1doc/

[15] Art. 273 (2) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenirea insolvenței și de insolvență

[16] **C. Gheorghe**, *Drept comercial român*, Ed. C.H.Beck, București, 2013, p.782

[17] Art. 274 din Legea nr.85/2014

[18] Art. 5 pct 49 din Legea nr.85/2014

[19] Art. 5 pct 32 din Legea nr.85/2014

[20] Art. 5 pct. 24 din Legea nr.85/2014

Reprezentantul român[22] este practicianul în insolvență din cadrul unei proceduri române de insolvență sau de prevenire a insolvenței, care după caz este desemnat ca administrator concordatar, administrator judiciar sau lichidator judiciar să gestioneze respectiva procedură.

b. Domeniul de aplicare a Legii nr.85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență. Legea nr.85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență cuprinde câteva categorii[23] de norme juridice aplicabile în procedura de insolvență transfrontalieră.

O categorie de norme cuprinse în lege vizează determinarea legii aplicabile unui raport de drept internațional privat în materia insolvenței.

O a doua categorie de norme se referă la procedura care trebuie urmată în litigiile privind raporturile de drept internațional privat în materia insolvenței.

În final, o ultimă categorie de norme reglementează condițiile în care autoritățile române solicită și acordă asistență privind procedurile de insolvență deschise pe teritoriul României sau la unui stat străin.

2. Excepții de la aplicarea Legii nr.85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență

Normele generale conflictuale nu se aplică unor proceduri de insolvență pentru care există dispoziții derogatorii de la normele de drept comun[24].

Normele generale conflictuale nu se aplică procedurilor de insolvență care privesc[25]: bănci; cooperative sau alte instituții de credit; societăți și agenții de asigurare ori reasigurare; societăți de servicii de investiții financiare; organisme de plasament colectiv în valori mobiliare; societăți de administrare a investițiilor; societăți de bursă; membrii compensatori ai burselor de mărfuri; societăți de brokeraj; traderi; raporturile de drept internațional privat în domeniul insolvenței care cad sub incidența regulamentului CE nr.1346/2000.

Pentru anumite categorii de proceduri de insolvențe, care sunt exceptate de la aplicarea normelor generale conflictuale, există în Legea nr.85/2014 dispoziții speciale privind procedura insolvenței grupurilor de societăți, a falimentului instituțiilor de credit și a falimentului societăților de asigurare.

Reglementările speciale pentru insolvența transfrontalieră a acestor tipuri de debitori sunt reunite în lege în capitole separate care poartă titluri precum: coordonarea procedurii insolvenței grupurilor[26] de societăți; reglementarea raporturilor de drept internațional privat în domeniul falimentului instituțiilor de credit[27]; reglementarea raporturilor de drept internațional privat în domeniul falimentului societăților de asigurare/reasigurare[28].

[21] Art. 5 pct 56 din Legea nr.85/2014
[22] Art. 5 pct 55 din Legea nr.85/2014
[23] Art.273 (1) lit. A, b, c din Legea nr.85/2014
[24] **C. Gheorghe**, *op.cit.*, 2000, p. 781
[25] Art.274 (2) din Legea nr.85/2014
[26] Art.305-311 din Legea nr.85/2014
[27] Art. 312-322 din Legea nr.85/2014
[28] Art.323-336 din Legea nr.85/2014

3. Prevalența dispozițiilor din Convențiile internaționale față de dispozițiile din legea internă

Statul român s-a obligat, prin articolul 11 din Constituția României ca în raporturile dintre dreptul internațional și dreptul intern să aibă prevalență obligațiile care-i revin ca parte din tratatele internaționale.

Tratatele ratificate de Parlament potrivit legii fac parte din dreptul intern.

În considerarea acestor principii constituționale prin articolul 275 din Legea nr.85/2014 s-a dat prevalență în materie de proceduri de insolvență transfrontalieră normelor din convențiile internaționale. Dacă există neconcordanțe între dispozițiile din Legea nr.85/2014 și obligațiile izvorând din tratate, convenții ori acorduri internaționale și sau multilaterale la care România este parte, atunci se vor aplica în mod prioritar prevederile tratatului, convenției sau acordului internațional.

4. Recunoașterea unor proceduri străine de insolvență în România

a. Competența în materia recunoașterii procedurii străine de insolvență. Recunoașterea procedurilor străine și cooperarea cu instanțele străine în materie de insolvență transfrontalieră[29] este dată de lege[30] tribunalului prin judecătorul sindic și reprezentantului român.

Dacă debitorul are sediul în România, atunci competența aparține tribunalului în circumscripția căruia se află sediul acestuia. Sunt asimilate sediului în România și o sucursală, agenție ori altă entitate fără personalitate juridică, aparținând unei persoane juridice străine, dacă acestea se află pe teritoriul României.

Dacă debitorul nu are niciun sediu în România, atunci competența aparține după caz: tribunalului în raza căruia se află bunurile imobile; tribunalul în raza căruia se păstrează registrul în care este înscrisă nava sau aeronava care fac obiectul cererii, tribunalul în raza căruia se află sediul societății române la care debitorul deține valori mobiliare care fac obiectul cererii; Tribunalul București, dacă obiectul cererii îl constituie drepturi de proprietate intelectuală protejate în România, titluri de stat, bonuri de tezaur, obligații de stat și municipale aparținând debitorului; tribunalul în raza căruia se află domiciliul sau reședința ori sediul persoanei sau autorității publice când obiectul cererii constă în drepturi de creanță ale debitorului aupra unor asemenea persoane sau autorități.

Reprezentantul român[31] este abilitat să acționeze într-un stat străin ca reprezentant al procedurii deschise în România în condițiile stabilite de legea străină aplicabilă.

b. Cererea de recunoaștere a unei proceduri străine. Reprezentantul străin are dreptul[32] de a se adresa direct instanțelor românești sau reprezentantului român.

El are calitate procesuală activă pentru a introduce o cerere de deschidere a procedurii insolvenței în regimul Legii nr.85/2014 în măsura în care sunt îndeplinite toate condițiile necesare deschiderii procedurii potrivit legii române.

[29] **Gh. Piperea**, *Instituția falimentului în dreptul internațional privat român*, Revista de drept comercial, nr.5/1996, p.68
[30] Art. 276 din Legea nr.85/2014
[31] Art. 277 din Legea nr. 85/2014
[32] Art. 281 din Legea nr.85/2014

Reprezentantul străin are calitate procesuală și de a participa în cadrul unei proceduri deschise împotriva debitorului numai după recunoașterea procedurii străine pe care o reprezintă.

Cererea de recunoaștere va fi însoțită de unul dintre următoarele[33]: o copie certificată a hotărârii de deschidere a procedurii străine și de desemnarea reprezentantului străin; o adeverință emisă de o instanță străină prin care se certifică existența unei proceduri străine și desemnarea reprezentantului străin; orice altă dovadă de deschidere a procedurii străine.

Cererea de recunoaștere va fi însoțită pe lângă una din dovezile menționate și de o declarație prin care se vor preciza toate procedurile străine cu privire la debitor despre care reprezentantul străin are cunoștință.

Dacă instanța consideră necesar, ea va putea solicita traducerea în limba română a documentelor furnizate pentru susținerea cererii de recunoaștere.

Cererea de recunoaștere se soluționează cu celeritate.

Procedura străină va fi recunoscută după caz de instanțe, dacă sunt îndeplinite toate condițiile recunoașterii, fie ca o procedură străină principală, fie ca o procedură străină secundară.

Hotărârea de recunoaștere a procedurii de recunoaștere se bucură de autoritate relativă[34] a lucrului judecat. Hotărârea de recunoaștere a procedurii străine poate fi atacată cu apel. Dacă ulterior pronunțării, se dovedește că temeiurile și condițiile recunoașterii lipseau sau au încetat să existe, instanța poate anula ori schimba în tot sau în parte hotărârea respectivă.

c. Efectele recunoașterii procedurii străine de insolvență. Recunoașterea procedurii străine de insolvență conferă reprezentantului străin calitate procesuală asemănătoare cu poziția sa într-o procedură internă a debitorului.

El poate formula acțiune în anularea actelor procedurii încehiate de debitor în dauna creditorilor săi, precum și acțiuni în nulitate sau în opozabilitate.

Recunoașterea procdurii străine principale are ca efect[35] suspendarea de drept a cererilor și acțiunilor cu caracter individual vizând bunuri, drepturi și obligații ale debitorului, precum și a măsurilorde executare individuală asupra bunurilor debitorului. Sunt suspendate dreptul de a înstrăina și de a dispune ori greva în orice mod bunurile debitorului cu excepția actelor, operațiunilor și plăților care se încadrează în condițiile obișnuite de exercitare a activității curente.

d. Cooperarea judiciară în privința insolvenței. Instanțele românești cooperează[36] cu instanțele și reprezentanții străini.

Cooperarea se poate realiza direct sau prin intermediul reprezentantului român.

Instanțele sunt abilitate să comunice sau să solicite informații ori asistență în mod dierct de la instanțele sau reprezentanții străini.

Reprezentantul român este abilitat să comunice, sub supravegherea instanței în mod dircet cu instanțele și reprezentanții străini.

[33] Art. 287 (2) din Legea nr.85/2014
[34] Art. 289 (5) din Legea nr.85/2014
[35] Art. 292 din Legea nr.85/2014
[36] Art. 297 din Legea nr.85/2014

Cooperarea judiciară în materia insolvenței poate fi făcută prin următoarele mijloace[37]: desemnarea unui organ sau a unei persoane care să acționeze potrivit indicațiilor instanței; comunicarea de informații pe care instanța le consideră adecvate; coordonarea administrării și supravegherii bunurilor și a activității debitorului; aprobarea sau punerea în aplicare de către instanțe a acordurilor de coordonare a procedurilor; coordonarea procedurilor concomitente referitoare la același debitor.

BIBLIOGRAFIE

1. **Bari, I.**, *Globalizarea economiei*, Ed. Economică, București, 2005, p.49.
2. **Comșa, M.**, *Rezolvarea situațiilor de insolvență cu element de extraneitate în România. Raporturile cu celelalte state membre ale Uniunii Europene. Regulamentul CE nr.1346/2000*, unpirbv.ro/documente_seminarii/2_1doc/
3. **Dobre, A.**, *Evoluția reglementării insolvenței pe plan internațional*, www.juridice.ro
4. **Dobrotă, N., Ciucur, D., Cosea, M., Enache, C., Gavrilă, I., Ghiță, P.T., Gogoneață, C., Popescu, C. (coordonatori) și alții**, *Economie politică*, Ed. Economică, București, 1995
5. **Dogaru (Comșa), M.,** *Insolvența transfrontalieră*, Resumat teză de doctorat, www.unibuc.ro, p.2
6. **Filipescu, I.P., Filipescu, A. I.**, *Tratat de drept internațional privat*, Ed. Universul Juridic, București, 2005
7. **Găină, A.M.**, *Globalizarea și crizele financiare*, Ed. ProUniversitaria, București, 2012
8. **Găină, V., Găină, A. M.,** *Globalizarea dreptului și suveranitatea statului*, în Globalization and Intercultural Dialogue. Multidisciplinary Perspectives. Section: Law, Editor Iulian Boldea, Ed. Arhipeleag XXI Press
9. **Gheorghe, C.**, *Drept comercial român*, Ed. C.H.Beck, București, 2013
10. **Guillermo de la Dehesa**, *Învingători și învinși în globalizare*, Ed. Historia, București, 2007
11. **Held, D., McGrew, A., Goldblatt, D., Parraton, J.**, *Transformări globale. Politică, economie și cultură*, Ed. Polirom, iași, 2004
12. **Macovei, I.**, *Drept internațional privat*, Ed. C.H. Beck, București, 2011
13. **Piperea, Gh.**, *Instituția falimentului în dreptul internațional privat român*, Revista de drept comercial, nr.5/1996
14. **Stănescu, V.**, *Globalizarea spre o nouă treaptă de civilizație*, Ed. Eikon, Cluj-Napoca, 2008,
15. **Stiglitz, J.E.**, *Globalizarea. Speranțe și deziluzii*, Ed. Economică, București
16. **Stiglitz, J.E.**, *Mecanismele globalizării*, Ed. Polirom, București, 2008

[37] Art. 299 din Legea nr.85/2014

17. **Turcu, I.**, *Tratat teoretic și practic de drept comercial*, Vol.IV, Ed. C.K.Beck, București, 2009
18. **Ungureanu, O., Jugastru, C., Circa, A.**, *Manual de drept internațional privat*, Ed. Hamangiu, București, 2008

*** Legea nr.85/2014 privind procedurile preventive a insolvenței și de insolvență

*** Codul civil român

*** Regulamentul Consiliului (CE) nr.1346/2000 din 29 mai 2000 privind procedurile de insolvență

*** Directiva 2001/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 4 aprilie 2001 privind reorganizarea și lichidarea instituțiilor de credit

THE RIGHT TO FREEDOM AND SAFETY AND THE RIGHT TO DEFENSE IN THE VIEW OF THE PRESENT DAY CODE OF PENAL PROCEDURE

Anca Lelia Lorincz, Prof., PhD, "Al. Ioan Cuza" PoliceAcademy, Bucharest

Abstract: The current Code of criminal procedure recognises, under the name of "principles of procedural criminal law enforcement", a number of fundamental principles of criminal process, and ingénue some in the old regulations (the principle of legality of criminal process, truth finding, the principle of presumption of innocence etc.), new ones, which were not provided for in the criminal procedure Code from 1968 (the principle of separation of judicial functions in criminal procedure, the fairness and reasonableness of the trial period, the obligation criminal action closely related to the alternative of opportunity, the principle of "ne bis in idem").
The right to liberty and security and the right of defence are part of the category of classical principles, laid down in the previous code, but, in the current regulations, they have acquired new valences.

Keywords: fundamental principle; criminal process; the right to liberty and security; the right of defence; the New Code of Criminal Procedure.

Actualul Cod de procedură penală[1] consacră, sub denumirea de "principii ale aplicării legii procesuale penale", o serie de principii fundamentale ale procesului penal, unele care se regăseau şi în vechea reglementare (principiul legalităţii procesului penal, principiul aflării adevărului, principiul prezumţiei de nevinovăţie etc.), altele noi, care nu au fost prevăzute în Codul de procedură penală de la 1968 (principiul separării funcţiilor judiciare în procesul penal, principiul asigurării caracterului echitabil şi a termenului rezonabil al procesului penal, principiul obligativităţii acţiunii penale corelativ cu principiul subsidiar al oportunităţii, principiul „ne bis in idem").

1. Principiul garantării dreptului la libertate şi siguranţă

În art.9 C.proc.pen. este consacrat principiul garantării dreptului la libertate şi siguranţă, în următoarea formulare:

„(1) În cursul procesului penal este garantat dreptul oricărei persoane la libertate şi siguranţă.

(2) Orice măsură privativă sau restrictivă de libertate se dispune în mod excepţional şi doar în cazurile şi în condiţiile prevăzute de lege.

(3) Orice persoană arestată are dreptul de a fi informată în cel mai scurt timp şi într-o limbă pe care o înţelege asupra motivelor arestării sale şi are dreptul de a formula contestaţie împotriva dispunerii măsurii.

[1] Legea nr.135/2010, publicată în M.Of. nr.486/15 iulie 2010, cu modificările şi completările ulterioare, intrată în vigoare la 1 februarie 2014

(4) Atunci când se constată că o măsură privativă sau restrictivă de libertate a fost dispusă în mod nelegal, organele judiciare competente au obligaţia de a dispune revocarea măsurii şi, după caz, punerea în libertate a celui reţinut sau arestat.

(5) Orice persoană faţă de care s-a dispus în mod nelegal, în cursul procesului penal, o măsură privativă de libertate are dreptul la repararea pagubei suferite, în condiţiile prevăzute de lege".

Se observă că, sub aspectul garantării libertăţii şi siguranţei persoanei, reglementările noastre interne corespund celor internaţionale, acest principiu fiind consacrat în: Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale – art.5 („Orice persoană are dreptul la libertate şi la siguranţă…"), Pactul internaţional cu privire la drepturile civile şi politice – art.9 („Orice om are dreptul la libertate şi la securitatea persoanei sale…"), Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene – art.6 („orice persoană are dreptul la libertate şi siguranţă").

Principiul garantării libertăţii individuale şi siguranţei persoanei este înscris şi în Constituţia României (art.23 –„Libertatea individuală"), în care se prevede că libertatea individuală şi siguranţa persoanei sunt inviolabile, iar percheziţionarea, reţinerea sau arestarea unei persoane sunt permise numai în cazurile şi cu procedura prevăzute de lege. Astfel, reţinerea nu poate depăşi 24 de ore, iar arestarea preventivă se dispune de judecător şi numai în cursul procesului penal. În cursul urmăririi penale arestarea preventivă a inculpatului se poate dispune pentru cel mult 30 de zile şi se poate prelungi cu câte cel mult 30 de zile, fără ca durata totală să depăşească un termen rezonabil, şi nu mai mult de 180 de zile. În faza de judecată instanţa este obligată, în condiţiile legii, să verifice periodic, şi nu mai mult de 60 de zile, legalitatea şi temeinicia arestării preventive şi să dispună, de îndată, punerea în libertate a inculpatului, dacă temeiurile care au determinat arestarea preventivă au încetat sau dacă instanţa constată că nu există temeiuri noi care să justifice menţinerea privării de libertate. Încheierile instanţei privind măsura arestării preventive sunt supuse căilor de atac prevăzute de lege.

De asemenea, în art.23 din Constituţie se stipulează că celui reţinut sau arestat i se aduc de îndată la cunoştinţă, în limba pe care o înţelege, motivele reţinerii sau ale arestării, iar învinuirea, în cel mai scurt termen şi numai în prezenţa unui avocat, ales sau numit din oficiu. Punerea în libertate a celui reţinut sau arestat este obligatorie, dacă motivele acestor măsuri au dispărut, iar persoana arestată preventiv are dreptul să ceară punerea sa în libertate provizorie, sub control judiciar sau pe cauţiune.

Tot ca o expresie a garantării libertăţii individuale, în art.23 din Constituţie se prevede că nici o pedeapsă nu poate fi stabilită sau aplicată decât în condiţiile şi în temeiul legii, iar sancţiunea privativă de libertate nu poate fi decât de natură penală.

Actuala reglementare procesual-penală a principiului garantării dreptului la libertate şi siguranţă (art.9 C.proc.pen.) dă expresie atât textului constituţional, cât şi prevederilor internaţionale care se referă la două noţiuni distincte: libertatea individuală şi siguranţa persoanei. Astfel, prin „libertate individuală" se înţelege libertatea fizică a persoanei, dreptul său de a se comporta şi mişca liber, de a nu fi ţinută în sclavie sau în orice altă servitute, de a nu fi reţinută, arestată sau deţinută decât în cazurile şi după formele expres prevăzute de

Constituţie şi legi[2]. Pe de altă parte, sintagma „siguranţa persoanei" are în vedere ansamblul garanţiilor care protejează persoana în situaţiile în care autorităţile publice, în aplicarea Constituţiei şi a legilor, iau anumite măsuri care privesc libertatea individuală, garanţii care asigură ca aceste măsuri să nu fie ilegale[3].

Analizând modul în care este reglementat, în actualul Cod de procedură penală român, principiul garantării dreptului la libertate şi siguranţă, se constată că, după enunţarea din alin.1 al art.9 a dreptului oricărei persoane la libertate şi siguranţă în procesul penal, urmează o enumerare (de la alin.2 la alin.5) a unei serii de garanţii care dau conţinut acestui drept[4]:

- se prevede că orice măsură privativă sau restrictivă de libertate se dispune în mod excepţional şi doar în cazurile şi în condiţiile prevăzute de lege; în legătură cu această primă garanţie, s-a afirmat în doctrină[5] că în noul Cod de procedură penală român, dreptul la libertate şi siguranţă pare a avea o sferă mai extinsă decât în Constituţia României şi în Convenţia europeană a drepturilor omului, deoarece în alin.2 al art.9 C.proc.pen se face referire la „orice măsură privativă sau *restrictivă* de libertate", în timp ce atât Constituţia României, cât şi Convenţia europeană (art.5) restrâng sfera de aplicare a acestui principiu doar la acţiunile privative de libertate (reţinerea, arestarea). Cu alte cuvinte, actualul Cod de procedură penală român instituie un nivel de protecţie a libertăţii individuale superior atât standardelor constituţionale, cât şi dispoziţiilor cu caracter de principiu cuprinse în instrumentele juridice internaţionale[6].
- este prevăzut dreptul oricărei persoane arestate de a fi informată în cel mai scurt timp şi într-o limbă pe care o înţelege asupra motivelor arestării sale, precum şi dreptul acesteia de a formula contestaţie împotriva dispunerii măsurii;
- este instituită obligaţia organelor judiciare competente de a dispune revocarea măsurii şi, după caz, punerea în libertate a celui reţinut sau arestat, atunci când se constată că o măsură privativă sau restrictivă de libertate a fost dispusă în mod nelegal;
- se prevede că orice persoană faţă de care s-a dispus în mod nelegal, în cursul procesului penal, o măsură privativă de libertate are dreptul la repararea pagubei suferite, în condiţiile prevăzute de lege. Se observă că, de data aceasta, textul face referire doar la persoana faţă de care s-a dispus o măsură privativă de libertate, spre deosebire de reglementarea anterioară (art.5 alin.4 C.proc.pen. de la 1968) care dădea posibilitatea persoanei private de libertate în cursul procesului penal ori căreia i se restrânsese libertatea, ilegal sau pe nedrept, de a solicita repararea pagubei, în condiţiile prevăzute de lege (era vorba despre dispoziţiile art.504-507 C.proc.pen. de la 1968, care instituiau procedura aplicabilă în cazul privării ori restrângerii de libertate în mod nelegal). Actuala reglementare (atât art.9 alin.5, cât şi art.539 alin.1 C.proc.pen.) garantează dreptul la repararea pagubei doar persoanei care, în cursul

[2] I. Muraru, *Drept constituţional şi instituţii politice*, Editura ProArcadia, Bucureşti, 1993, p.248
[3] *Ibidem*, p.249
[4] C. Ghigheci, *Principiile procesului penal în noul Cod de procedură penală*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2014, p.152-153
[5] *Ibidem*, p.149
[6] I. Neagu, M. Damaschin, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2014, p.94

procesului penal, a fost privată în mod nelegal de libertate. Sub acest aspect, se poate spune că noul Cod de procedură penală instituie un standard de protecţie inferior celui asigurat prin legea procesuală penală anterioară[7].

2. Principiul asigurării şi exercitării cu bună-credinţă a dreptului la apărare

Sub denumirea marginală „Dreptul la apărare", în art.10 C.proc.pen. este consacrat principiul asigurării şi exercitării cu bună-credinţă a dreptului la apărare în procesul penal:

„(1) Părţile şi subiecţii procesuali principali au dreptul de a se apăra ei înşişi sau de a fi asistaţi de avocat.

(2) Părţile, subiecţii procesuali principali şi avocatul au dreptul să beneficieze de timpul şi înlesnirile necesare pregătirii apărării.

(3) Suspectul are dreptul de a fi informat de îndată şi înainte de a fi ascultat despre fapta pentru care se efectuează urmărirea penală şi încadrarea juridică a acesteia. Inculpatul are dreptul de a fi informat de îndată despre fapta pentru care s-a pus în mişcare acţiunea penală împotriva lui şi încadrarea juridică a acesteia.

(4) Înainte de a fi ascultaţi, suspectului şi inculpatului trebuie să li se pună în vedere că au dreptul de a nu face nicio declaraţie.

(5) Organele judiciare au obligaţia de a asigura exercitarea deplină şi efectivă a dreptului la apărare de către părţi şi subiecţii procesuali principali în tot cursul procesului penal.

(6) Dreptul la apărare trebuie exercitat cu bună-credinţă, potrivit scopului pentru care a fost recunoscut de lege."

Reprezentând unul din drepturile fundamentale ale cetăţenilor, dreptul la apărare este înscris într-o serie de convenţii internaţionale, printre care Declaraţia Universală a Drepturilor Omului şi Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale (în paragraful 3 al art.6 din Convenţie – „Dreptul la un proces echitabil", este garantat şi dreptul la apărare alături de celelalte drepturi ale acuzatului).

De asemenea, Constituţia României consacră acest drept în art.24, potrivit căruia dreptul la apărare este garantat, în tot cursul procesului penal, părţile având dreptul să fie asistate de un avocat, ales sau numit din oficiu.

Principiul garantării dreptului la apărare este reglementat, în legislaţia noastră, şi prin Legea nr.304/2004 privind organizarea judiciară (art.15), în care se prevede că „Dreptul la apărare este garantat. În tot cursul procesului, părţile au dreptul să fie reprezentate sau, după caz, asistate de un apărător, ales sau numit din oficiu, potrivit legii".

În ceea ce priveşte reglementarea din actualul Cod de procedură penală, se observă că art.10 consacră atât drepturi procesuale ale părţilor şi subiecţilor procesuali principali, cât şi garanţii procesuale (în sensul de mijloace prin care li se dă posibilitatea părţilor de a-şi exercita drepturile procesuale recunoscute), precum şi o limitare a exercitării dreptului la apărare (prevăzându-se că acest drept trebuie exercitat cu bună-credinţă, potrivit scopului pentru care a fost recunoscut de lege).

Astfel, drepturile procesuale recunoscute părţilor şi subiecţilor procesuali principali, prin care se garantează dreptul la apărare, sunt:

[7] *Ibidem*, p.95

- dreptul părţilor şi al subiecţilor procesuali principali de a se apăra ei înşişi sau de a fi asistaţi de avocat;
- dreptul părţilor, al subiecţilor procesuali principali şi al avocatului de a beneficia de timpul şi înlesnirile necesare pregătirii apărării;

Din jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului reiese că „timpul necesar pregătirii apărării" se apreciază în concret, ţinându-se seama de complexitatea procedurii[8].

În ceea ce priveşte „înlesnirile (facilităţile) necesare pregătirii apărării", acestea se referă, în primul rând, la accesul părţilor la dosarul ce conţine probele strânse în cursul urmăririi penale sau la dosarul instanţei de judecată, pentru ca acestea să-şi poată pregăti apărarea în mod efectiv[9]. De asemenea, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a considerat că facilităţile necesare apărării se referă şi la dreptul ca şedinţa de judecată să nu se prelungească excesiv sau să nu se desfăşoare în timpul nopţii[10].

- dreptul suspectului de a fi informat de îndată şi înainte de a fi ascultat despre fapta pentru care se efectuează urmărirea penală şi încadrarea juridică a acesteia;
- dreptul inculpatul de a fi informat de îndată despre fapta pentru care s-a pus în mişcare acţiunea penală împotriva lui şi încadrarea juridică a acesteia;
- dreptul suspectului şi al inculpatului de a nu face nicio declaraţie („înainte de a fi ascultaţi, suspectului şi inculpatului trebuie să li se pună în vedere că au dreptul de a nu face nicio declaraţie").

Cu privire la aşa-numitul „drept la tăcere şi la neautoincriminare", chiar dacă art.6 din Convenţia europeană nu consacră expres dreptul unui acuzat de a păstra tăcerea cu privire la faptele ce-i sunt reproşate şi de a nu contribui la propria incriminare, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a decis în mod constant că acest drept reprezintă o normă general recunoscută, aflată în centrul noţiunii de „proces echitabil" şi fiind strâns legat de prezumţia de nevinovăţie înscrisă în art.6 paragraf 2 din Convenţie[11].

Garanţiile procesuale prevăzute în art.10 C.proc.pen, în conturarea conţinutului principiului asigurării dreptului la apărare în procesul penal, sunt:

[8] De pildă, instanţa europeană a apreciat, într-o cauză, că un termen de trei săptămâni a fost suficient pentru ca un avocat să formuleze un răspuns la un document de 49 de pagini (CEDO, hotărârea *Kremyow contra Austriei* din 21 septembrie 1993, apud O. Predescu, M. Udroiu, *Convenţia europeană a drepturilor omului şi dreptul procesual penal*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2007, p.411), pe când, într-o altă cauză, s-a considerat că s-a încălcat dreptul avocatului de a beneficia de timpul necesar pregătirii apărării, în condiţiile în care avocaţii apărării au beneficiat de doar două săptămâni pentru a pregăti apărarea într-un dosar cu 17000 de pagini (CEDO, hotărârea *Oçalan contra Turciei* din 12 martie 2003, apud O. Predescu, M Udroiu, *op. cit.*, p.411).

[9] C. Ghigheci, *op.cit.*, p.190

[10] În cazul unei şedinţe de judecată care a durat peste 17 ore, C.E.D.O. a considerat că este primordial ca, nu doar inculpaţii, ci şi apărătorii lor să poată urmări dezbaterile, să răspundă la problemele ridicate, fără a fi afectaţi de o stare de oboseală excesivă, constatându-se o violare a art.6 par.3 lit.b din Convenţia europeană, care consacră dreptul persoanei acuzate de a dispune de timpul şi înlesnirile necesare pregătirii apărării (C.E.D.O., hotărârea *Makhfi contra Franţei* din 19 octombrie 2004, apud R. Chiriţă, *Dreptul la un proces echitabil*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2008, p.364)

[11] C.E.D.O., hotărârea *John Murray contra Regatului Unit* din 8 februarie 1996, hotărârea *Saunders contra Regatului Unit* din 18 decembrie 1996, hotărârea *Serves contra Franţei* din 20 octombrie 1997, hotărârea *Heany et McGuinness contra Irlandei* din 21 decembrie 2000, apud C. Bîrsan, *Convenţia europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, vol.I, *Drepturi şi libertăţi*, Editura All Beck, Bucureşti, 2005, p.528

- obligaţia organelor judiciare de a pune în vedere suspectului şi inculpatului, înainte de a fi ascultaţi, că au dreptul de a nu face nicio declaraţie;
- obligaţia organelor judiciare de a asigura exercitarea deplină şi efectivă a dreptului la apărare de către părţi şi subiecţii procesuali principali în tot cursul procesului penal.

La finalul actualei reglementări procesual-penale a dreptului la apărare (art.10 alin.6 C.proc.pen.), este prevăzută expres şi o limitare a acestui drept: „dreptul la apărare trebuie exercitat cu bună-credinţă, potrivit scopului pentru care a fost recunoscut de lege"; aceasta presupune asigurarea unui echilibru între protejarea dreptului la apărare şi celelalte principii fundamentale ale procesului penal, cum ar fi principiul dreptului la un proces echitabil şi soluţionării cauzelor într-un termen rezonabil[12].

Chiar dacă, nici obligativitatea exercitării dreptului la apărare cu bună-credinţă nu este consacrată expres în Convenţia europeană a drepturilor omului, ea reiese din jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului.[13]

În concluzie, asigurarea dreptului la apărare, ca principiu fundamental al procesului penal, presupune mai mult decât asistenţa juridică; în doctrină[14] s-a apreciat că dreptul la apărare are un conţinut complex, manifestat sub trei aspecte principale:

a) Posibilitatea părţilor de a se apăra singure

Spre deosebire de reglementarea anterioară, actualul Cod de procedură penală consacră expres (în alin.1 al art.10) dreptul părţilor şi al subiecţilor procesuali principali de a se apăra ei înşişi.

Astfel, părţile şi subiecţii procesuali principali beneficiază de o serie de drepturi procesuale care le dau posibilitatea de a-şi asigura singuri apărarea:

- suspectul şi inculpatul au dreptul de a cunoaşte fapta pentru care se efectuează urmărirea penală ori s-a pus în mişcare acţiunea penală;

- atât părţile, cât şi subiecţii procesuali principali au dreptul să propună organelor judiciare administrarea de probe

- suspectul sau inculpatul au posibilitatea să participe în mod direct la efectuarea unor acte de urmărire penală şi la toate actele de judecată;

- în faza de judecată, toate părţile îşi pot exercita dreptul de apărare în cadrul dezbaterilor; inculpatul îşi poate face singur apărarea şi în cadrul ultimului cuvânt care i se acordă după încheierea dezbaterilor;

- tot în faza de judecată, părţile, precum şi persoana vătămată pot exercita calea de atac a apelului (sau, după caz, a contestaţiei) şi, în anumite condiţii, şi unele căi extraordinare de atac.

[12] C. Ghigheci, *op.cit*., p.202

[13] De pildă, s-a statuat că schimbarea avocatului cu puţin timp înainte de şedinţa de judecată va trebui însoţită de o prelungire a timpului aferent pregătirii apărării, cu condiţia ca schimbarea avocatului să nu se datoreze culpei persoanei acuzate - Comisia Europeană a Drepturilor Omului, cauza *X contra Austriei*, apud D. Bogdan, M.Selegean, *Jurisprudenţă CEDO – studii şi comentarii*, Institutul Naţional al Magistraturii, Bucureşti, 2005, p.161

[14] I. Neagu, *Drept procesual penal, Partea generală,* vol.I, Euro-Trading, Bucureşti, 1992, p.68-70; N. Volonciu, *Tratat de procedură penală, Partea generală,* vol.I, Editura Paideia, Bucureşti, 1993, p.110-111.

b) Obligaţia organelor judiciare de a avea în vedere, din oficiu, şi aspectele favorabile părţilor şi subiecţilor procesuali principali, precum şi de a asigura exercitarea deplină a dreptului la apărare de către părţi şi subiecţii procesuali principali

Astfel, chiar dacă părţile ori subiecţii procesuali principali nu propun administrarea de probe care să le susţină interesele, organele judiciare administrează din oficiu asemenea probe; în acest sens, potrivit potrivit art.100 alin.1 C.proc.pen., în cursul urmăririi penale, organul de urmărire penală strânge şi administrează probe atât în favoarea, cât şi în defavoarea suspectului sau a inculpatului, din oficiu ori la cerere.

De asemenea, pentru a asigura exercitarea deplină şi efectivă a dreptului la apărare de către părţi şi subiecţii procesuali principali:

- organele judiciare au obligaţia de a aduce la cunoştinţa persoanei vătămate dreptul de a se constitui ca parte civilă;

- organul judiciar comunică suspectului sau inculpatului calitatea în care este audiat, fapta prevăzută de legea penală pentru săvârşirea căreia este suspectat sau pentru care a fost pusă în mişcare acţiunea penală şi încadrarea juridică a acesteia;

- în faza de judecată, preşedintele completului explică inculpatului în ce constă învinuirea ce i se aduce, îl înştiinţează pe inculpat cu privire la dreptul de a nu face nicio declaraţie, atrăgându-i atenţia că ceea ce declară poate fi folosit şi împotriva sa, precum şi cu privire la dreptul de a pune întrebări coinculpaţilor, persoanei vătămate, celorlalte părţi, martorilor, experţilor şi de a da explicaţii în tot cursul cercetării judecătoreşti, când socoteşte că este necesar; preşedintele încunoştinţează partea civilă, partea responsabilă civilmente şi persoana vătămată cu privire la probele administrate în faza urmăririi penale care au fost excluse şi care nu vor fi avute în vedere la soluţionarea cauzei şi pune în vedere persoanei vătămate că se poate constitui parte civilă până la începerea cercetării judecătoreşti etc.

c) Dreptul părţilor şi al subiecţilor procesuali principali la asistenţă juridică

Astfel, atunci când partea sau subiectul procesual principal consideră necesar, are posibilitatea să ceară sprijinul unui avocat care, prin calificarea sa profesională şi cunoştinţele juridice de specialitate, îi poate acorda asistenţă juridică.

Asistenţa juridică constă în sprijinul, îndrumarea şi lămuririle pe care apărătorul le acordă părţii pe care o asistă în procesul penal. În acest sens, în art.3 din Legea nr.51/1995 pentru organizarea şi exercitarea profesiei de avocat[15] se prevede că activitatea avocatului se realizează prin: consultaţii şi cereri cu caracter juridic; asistenţă şi reprezentare juridică în faţa instanţelor judecătoreşti, a organelor de urmărire penală, a autorităţilor cu atribuţii jurisdicţionale, a notarilor publici şi a executorilor judecătoreşti, a organelor administraţiei publice şi a instituţiilor, precum şi a altor persoane juridice în condiţiile legii; redactarea de acte juridice, atestarea identităţii părţilor, a conţinutului şi a datei actelor prezentate spre autentificare; asistarea şi reprezentarea persoanelor fizice sau juridice interesate în faţa altor autorităţi publice cu posibilitatea atestării identităţii părţilor, a conţinutului şi a datei actelor încheiate; apărarea şi reprezentarea cu mijloace juridice specifice a drepturilor şi intereselor legitime ale persoanelor fizice şi juridice în raporturile acestora cu autorităţile publice, cu

[15] Legea nr.51/1995, republicată în M.Of. nr.113/6 martie 2001, cu modificările ulterioare.

instituţiile şi orice persoană română sau străină etc., precum şi orice alte mijloace şi căi proprii exercitării dreptului de apărare în condiţiile legii.

De regulă, asistenţa juridică este facultativă, dar sunt anumite situaţii prevăzute expres de lege când ea este obligatorie, situaţii în care, dacă partea sau subiectul procesual principal nu şi-a ales apărător, organul judiciar are obligaţia de a lua măsuri pentru desemnarea unui apărător din oficiu.

În concluzie, atât dreptul la libertate şi siguranţă, cât şi dreptul la apărare fac parte din categoria principiilor clasice, prevăzute şi în codul anterior, dar, în actuala reglementare, ele au dobândit valenţe noi.

BIBLIOGRAFIE:

- C. Bîrsan, *Convenţia europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, vol.I, *Drepturi şi libertăţi*, Editura All Beck, Bucureşti, 2005

- D. Bogdan, M.Selegean, *Jurisprudenţă CEDO – studii şi comentarii*, Institutul Naţional al Magistraturii, Bucureşti, 2005

- R. Chiriţă, *Dreptul la un proces echitabil*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2008

- C. Ghigheci, *Principiile procesului penal în noul Cod de procedură penală*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2014

- I. Muraru, *Drept constituţional şi instituţii politice*, Editura ProArcadia, Bucureşti, 1993

- I. Neagu, *Drept procesual penal, Partea generală,* vol.I, Euro-Trading, Bucureşti, 1992

- I. Neagu, M. Damaschin, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2014

- O. Predescu, M Udroiu, *Convenţia europeană a drepturilor omului şi dreptul procesual penal*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2007

- N. Volonciu, *Tratat de procedură penală, Partea generală,* vol.I, Editura Paideia, Bucureşti, 1993

- Legea nr.135/2010 privind Codul de procedură penală, publicată în M.Of. nr.486/15 iulie 2010, cu modificările şi completările ulterioare

- Legea nr.51/1995 pentru organizarea şi exercitarea profesiei de avocat, republicată în M.Of. nr.113/6 martie 2001, cu modificările ulterioare

SOME CONSIDERATIONS REGARDING THE OFFENSE OF ILLEGAL REMOVAL OF TISSUES OR ORGANS, PROVIDED IN ARTICLE 384 OF THE CRIMINAL CODE

Ionuț Andrei Barbu, Prof. PhD, Mihaela Rotaru, Assistant, PhD, "Al. Ioan Cuza" University of Iași

Abstract: Legislation generally must evolve to always be able to respond to society's needs. Obviously it is the case of criminal law field to be highly dynamic in order to protect social values enshrined in the Constitution. Due to medical progress on the removal and transplantation of cells, tissues or organs of human origin for therapeutic purposes, the legislator felt the need to create a framework of criminal rule in Art. 384 of the Criminal Code.

Keywords: removal, tissue, organ, body, crime.

Introduction

The imperative of harmonizing the Romanian legislation with the European one was impressive once Romania joined the European Union. After this point, there have been a number of changes in law through the development and adoption of numerous highly important legal acts regulating various aspects of social life.

Thus, in this last period, a new Civil Code[1] came into force in 2011, a new Code of Civil Procedure[2], in 2013, and recently, on February 1st, 2014, a new Criminal Code[3] and a new Code of Criminal Procedure[4] entered into force.

In this Criminal Code currently in force there were introduced a series of criminal rules hitherto found in different legal acts, transposing, moreover, the EU directives in certain areas.

The reason for such a choice of the legislator can be found in the fact that the Criminal Code, being the general law in this area, presents a high degree of stability of its rules and in the fact that there was the desire to eliminate the parallel legislation found so far by the theorists and practitioners of criminal law.

A good example in this respect, but not the only one[5], is the Art. 384 of the Criminal Code regarding the illegal removal of tissue or organs.

---

[1] Represented by Law no. 287/2009, published in the Romanian Official Gazette no. 511 of July 24th, 2009, and most recenty corrected in the Romanian Official Gazette no. 246 of April 29th, 2013.

[2] Represented by Law no. 134/2010, republished in the Romanian Official Gazette no. 545 of August 3rd, 2012, and most recently amended by the Romanian Constitutional Court Decision no. 348/2014.

[3] Represented by Law no. 286/2009, published in the Romanian Official Gazette no. 510 of July 24th, 2009 and most recently amended by Romanian Constitutional Court Decision no. 265/2014

[4] Represented by Law no. 135/2010, published in the Romanian Official Gazette no. 486 of July 15th, 2010, most recently amended by the Government Emergency Ordinance no.3/2014.

[5] In this sense, the offenses against road traffic safety were taken from the Government Emergency Ordinance no. 195/2002 and were introduced in the Criminal Code in Chapter II of title VII, title relating to offenses against public safety. Similarly, the electoral offenses represent a distinct title in the Criminal Code in force, Title IX,

Some issues related to the criminal rules provided in Law no. 95/2006 in relation to the Art. 384 of the Criminal Code

This offense is found in Title VIII, ,,Offenses affecting the social cohabitation relationship", and more specifically in chapter III of this title, chapter in which there have been included the offenses against religious freedom and respect due the deceased.

According to Art. 384 of the Criminal Code, the crime of illegal removal of tissues or organs consists in the removal of tissue or organs from a corpse, without having the right to do so, and it is punishable by imprisonment from 6 months to 3 years or a fine.

Although this crime has no counterpart in the previous Criminal Code, however, there was not a legal void regarding the issue of the removal of tissues, cells and organs of human origin for therapeutic purposes, and especially regarding the applicable penalties in the event of infringements of the law.

We take into consideration the Law no. 95/2006 on healthcare reform[6] and the Law no. 104/2003 on handling of human bodies and the removal of organs and tissues for transplantation[7] from corpses. It should be noted that both laws have undergone modifications by Law no. 187/2012 for implementation of Law no. 286/2009 on the Criminal Code[8].

We believe that the analysis of those changes is particularly important in understanding the choice of the legislator to introduce the criminal rule of the Art. 384 in the Criminal Code in force.

Firstly, referring to the legal text of the article in question, we observe, along with other authors in the criminal literature[9], that this criminal rule is a general framework.

The legislator considers as illegal the removal of tissue or organs from a corpse if the activity is carried out ,,without having the right to do so".

The phrase ,,without having the right to do so" means without legal compliance, both in terms of the action that represents the material element of the offense and in respect of persons who are authorized by law to conduct the removal, given the fact that in the legal text the active subject is not qualified and it can be any person who fulfills the legal requirements for criminal liability. However, these conditions are set out in the Law no. 95/2006, on the one hand, and in the Law no. 104/2003, on the other hand.

Moreover, the nature of general framework of the provisions of Art. 384 of the Criminal Code. is highlighted by the fact that the legislator did not define the terms he uses in the legal text, understanding here that their meaning is explained in these two laws we have mentioned above.

---

those offenses being taken from some laws governing different types of elections that are held in Romania (Law no. 3/2000 on the referendum, Law no. 67/2004 on local government election and Law. 373/2004 for the election of Chamber of Deputies and the Senate).

[6] Corrected in the Romanian Official Gazette no. 391 of May 5th, 2006 and amended most recently by the Government Ordinance no. 4/2014

[7] Republished in the Official Gazette of Romania no. 213 of March 25th, 2014

[8] Amended in the Romanian Official Gazette no. 117 of March 1st, 2013 and most recently amended by Law no. 85/2014

[9] Dobrinoiu, V., Neagu, N. (2011) *Criminal Law. Special Part. Theory and Practice*, Legal Universe Publishing House, Bucharest, p. 785

The Law no. 95/2006 defines the terms of ,,removal", ,,tissue" and ,,organ" and the Law no. 104/2003 defines the notion of ,,corpse".

In Art. 6 letter i) of Law no. 95/2006 it is stated that one of the main areas of intervention of public health care is the transplantation of organs, tissues or cells, also being specified in the art. 141 par. (1) of the same law that ,,the donation and transplantation of organs, tissues and cells of human origin have therapeutic purposes, ensuring quality and safety standards for a high level of human health protection (...)".

Title VI of the Law no. 95/2006 is dedicated to the analysis of the conditions for carrying out the removal and transplantation of organs, tissues and cells of human origin for therapeutic purposes, the legislator choosing to give legal definitions of the terms he used in the content of the legal act in question.

,,Removal" means ,,harvesting of organs and/or tissues and/or morphologically and functionally healthy human cells to perform transplant procedures," according to Art. 142 letter q) of Law no. 95/2006. By ,,cell" we understand ,,the basic anatomical and functional unit of living matter, this being the meaning according to this legal act, the term cell/cells referring to individual human cells or a collection of human cells that are not connected by any form of intercellular substance "[Art. 142 letter f)]. The ,,tissue" is ,,a group of differentiated cells joined by intercellular amorphous substance, which together form a topographical and functional association" [Art. 142 letters u)]. By ,,organ" in the present law, we understand ,,the differentiated structure of an organism adapted to a defined function, made up of several tissues or cell types, showing their vascularity and innervation. An organ also consists of a part of a body, if the body is to be used for the same purpose as the whole body, while maintaining the requirements of structure and vascularisation"[Art. 142 letter o)].

Some aspects related to the provisions of Law no. 104/2003 by report to Art. 384 of the Criminal Code

Another legal act addressed to the removal of organs and tissues for transplantation, but this time only from corpses, is the Law no. 104/2003, a law which states in Art. 1 that the ,,human corpse" is ,,the person which does not present any signs of brain, heart or lungs activity that has been declared medically deceased, according to law."

The essence in understanding the mechanism of performing the removal and transplantation is referring to ,,actors" involved in the case, meaning the donor and the receiver of cells, tissues or organs of human origin.

The ,,donor" is, according to art. 142 letter k) of Law no. 95/2006, the person who donates one or more organs, tissues and/or cells of human origin for therapeutic use, whether donation occurs during lifetime or after her death. And the ,,receiver" is, according to Art. 142 letter q^1) of Law no. 95/2006, the person receiving the transplant of organs and/or tissues and/or cells.

As can be seen from the legal definition, the donor can be both a living person and a dead person, respecting, of course, all other conditions imposed by this law, which is the general framework in conducting the procedure in question in the legal parameters.

Although in Law no. 95/2006 it is stated that cells of human origin can also be removed, the provisions of Art. 384 of the Criminal Code do not make reference to their illegal removal. From here we can deduce, as a first observation, that whenever we have to deal with illegal removal of human cells from a corpse, we will not apply the rules stated in Art. 384 of the Criminal Code, but the provisions of Law no. 95/2006.

This law describes a series of crimes, thus ensuring legal protection of the entire spectrum of activities that make the removal and transplantation of cells, tissues and organs of human origin.

Thus, in Art. 155 it is provided that: ,,(1) Taking or transplantation of organs, tissues or cells of human origin from living donors without their consent given under the law is a crime punishable by imprisonment from 2 to 7 years and interdiction of certain rights. (2) The attempt shall be punished".

These provisions are supplemented by those of Art. 156, meaning that ,,making a removal thereby compromising the forensic autopsy, required by law, is a crime punishable by imprisonment from 6 months to 3 years or a fine".

In the Art. 157 it is provided that: ,,(1)Any person who donates organs, tissues or cells of human origin in order to obtain financial benefits for himself/herself or for another one, commits an offense punishable by imprisonment from 3 months to 2 years or a fine. (2)Forcing a person to donate organs, tissues or cells of human origin is an offense punishable with imprisonment from 2 to 7 years and interdiction of certain rights. (3)Publication and dissemination of advertisements on the donation of organs, tissues or cells of human origin, donation which would be made in order to obtain financial benefits for oneself or for another one, are an offense punishable by imprisonment from 6 months to 3 years or a fine. "

Two other offenses are described in the Art. 158 and 159. In the Art. 158 it is provided that ,,(1) Organization and conduct of the removal of organs, tissues or cells of human origin for transplantation, in order to obtain a material benefit to the donor or for the organizer, is a crime punishable by imprisonment from 2 to 7 years and prohibition of certain rights. (2)The same penalty set out in par. (1) will be the sanction for any purchase of organs, tissues or cells of human origin for resale purpose. (3) The attempt is punishable". The last offense related to the analyzed crime is stipulated in Art. 159, as follows: ,, (1) Inserting or removing in/out of the country of organs, tissues or cells of human origin without special authorization issued by the National Transplant Agency is a crime punishable by imprisonment from 2 to 7 years and the prohibition of some rights. (2)The attempt shall be punished".

Another observation we make is that even if there are illegally collected tissues or organs from a living donor, the provisions of Art. 384 of the Criminal Code will not be applied because they refer to a deceased person.

It is interesting to see that the legislator chose to create a standard framework for criminalizing the illegal removal of tissues or organs from a corpse, but he did not do the same thing on the activity of removal from a living person.

As seen from the provisions of Law no. 95/2006, closely related to the work of removal is the transplantation of tissues, organs or cells.

This time as well, if an illegal transplant is performed, the provisions of Art. 384 of the Criminal Code will not apply, not even if the transplanted tissues or organs were illegally removed from a corpse because the material element of the offense of the above mentioned article does not refer to the act of ,,transplant" but only to that of ,,removing". Again, the situation will be governed by the provisions of Law no. 95/2006.

On the other hand, the Law no. 104/2003, as before the amendments by Law no. 187/2012, contained two offenses found in art. 27, namely the handling of corpses, and the removal of tissues and organs from cadavers in violation of this law, offenses punishable with imprisonment from 1 to 3 years, also providing in Art. 26, at the time, that ,,the removal of tissues and organs from dead bodies are to be performed in such way as not to prejudice the autopsy or forensic autopsy".

After the amendments given by Law no. 187/2012 the two offenses no longer appeared in the law in question and the reasons for this are various.

On the one hand, we have a situation of decriminalization. It is about handling bodies with violation of this law that has been transformed into a misdemeanor under Art. 25 of Law no. 104/2003, republished, now sanctioned with a fine from 500 lei to 3,000 lei. Finding and punishing it is being done by the police, applying to this misdemeanor the provisions of the Government Ordinance no. 2/2001 on the legal regime of minor offenses[10].

On the second offense, we believe that the text of Law no. 104/2003 was properly moved in Art. 384 of the Criminal Code, the phrase ,,in violation of this law" becoming that of ,,without having the right to do so", situation justified by the fact that the Criminal Code is not the act in which there are described the conditions required in order to legally perform the removal and transplantation of tissues and organs, even from a deceased person.

A second corresponding change in the new legal text, meaning the text of Art. 384 of the Criminal Code, is relative to punishment. In order to ensure the Criminal Code in force legislator's desire to reduce the limits of punishments for all crimes of its contents in order to guide the courts to apply them, the special minimum prison sentence for the offense set out in Art. 384 of the Criminal Code was reduced from one year to six months and, further more, the fine has been provided as an alternative punishment.

The content of former Art. 26 of Law no. 104/2003 preserved after republishing the law in question, but because of the renumbering of the articles, today it is found in Art. 24.

This new article 24 is also important in terms of the rules of criminal law because its violation attracts the provisions of Art. 156 of Law no. 95/2006, article described above.

Conclusions

At the beginning of our research we stated that the criminal rule set out in Art. 384 of the Criminal Code. is a general framework. We believe that the criminal rules contained in Law no. 95/2006 have a special character to the provisions of Art. 384 of the Criminal Code and they shall apply as a priority, as the principle *specialia generalibus derogant* says, whenever the particular case brought before the Court could attract the application of both

[10] Corrected in the Romanian Official Gazette no. 584 of 18 September 2001, most recently amended by Government Ordinance no. 17/2014

rules, that of Art. 384 of the Criminal Code, as well as that of any of the items mentioned above, from the Law no. 95/2006.

On the other hand, we believe that the need to take over the offense from the second sentence of former Art. 27 of Law no. 104/2003 in Art. 384 of the Criminal Code was dictated by logical reasons. The scope of Law no. 104/2003, republished, was the same before and after republishing it, that of handling of corpses and only tangentially was specified before the amendment introduced by Law no. 187/2012 that the removal for transplantation of organs and tissues from cadavers is done according to the law, under the direction and supervision of the Commission for Transplantation of Tissues, Human Organs of the Ministry of Health and Family, established by law. The general framework for the removal and transplantation of tissues, organs and cells of human origin for transplantation in therapeutic purposes, whether the donor is a person alive or deceased is established by Law no. 95/2006.

Since the removal of tissues or organs involves manipulation of the corpse, if the donor is deceased, we believe, therefore, that the phrase ,,without having the right to do so" established in Art. 384 of the Criminal Code refers both to the provisions of the Law no. 95/2006 and of the Law no. 104/2003.

References

- Government Ordinance no. 2/2001 on the legal regime of contraventions, corrected in the Romanian Official Gazette no. 584 of 18 September 2001, most recently amended by Government Ordinance no. 17/2014

- Law no. 104/2003 on the handling of human bodies and the removal of organs and tissues for transplantation from cadavers, republished in the Official Gazette of Romania no. 213 of March 25th, 2014

- Law no. 95/2006 on healthcare reform, as corrected in the Romanian Official Gazette no. 391 of May 5th, 2006 and amended most recently by the Government Ordinance no. 4/2014

- Romanian Criminal Code, represented by Law no. 286/2009, published in the Romanian Official Gazette no. 510 of July 24th, 2009 and most recently amended by Romanian Constitutional Court Decision no. 265/2014

- Law no. 187/2012 for implementation of Law no. 286/2009 on the Criminal Code, amended in the Romanian Official Gazette no. 117 of March 1st, 2013 and most recently amended by Law no. 85/2014

- Dobrinoiu, V., Neagu, N. (2011) *Criminal Law. Special Part. Theory and Practice*, Legal Universe Publishing House, Bucharest, p. 785

THE PARTICIPATION OF THE PUBLIC MINISTRY IN THE CIVIL LAWSUIT

Claudia Roșu, Prof., PhD., West University of Timișoara

Abstract: The prosecutor in the civil lawsuit is the participant who is representing the interests of the society and defending the rule of law and the rights and freedoms of the citizens, according to Art. 131 para. 1 of the Constitution, only being considered a party to the dispute when he brings the civil action before the court.
According to the law, as a rule, the prosecutor's participation in the civil lawsuit means the participation of the Public Ministry through one of its public prosecutor's offices.
Because the civil lawsuit supposes a confrontation of private interests, the powers of the prosecutor in civil matters have an exceptional character.
The forms of participation of the prosecutor in the civil lawsuit are: bringing civil action; participation in the civil action; exercising redress and enforcement of writs of execution.

Keywords: Public Ministry; prosecutor; civil action; exercise of redress; enforcement application.

I. *Preliminarii.* Activitatea Ministerului Public este reglementată în primul rând de art. 131 din Constituția României[1], de Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor[2] și de Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară [3].

Astfel, potrivit art. 131 din Constituția României, rolul Ministerului Public este de a reprezenta în activitatea judiciară, interesele generale ale societăţii şi apărarea ordinii de drept, precum şi drepturile şi libertățile cetăţenilor.

Ministerul Public îşi exercită atribuţiile prin procurori constituiți în parchete, în condiţiile legii.

Potrivit art. 4 din Legea nr. 303/2004, procurorii sunt obligați ca, prin întreaga lor activitate, să asigure supremația legii, să respecte drepturile şi libertățile persoanelor, precum şi egalitatea lor în faţa legii şi să asigure un tratament juridic nediscriminatoriu tuturor participanţilor la procedurile judiciare, indiferent de calitatea acestora, să respecte Codul deontologic al judecătorilor şi procurorilor şi să participe la formarea profesională continuă.

Potrivit art. 62 din Legea nr. 304/2004, Ministerul Public îşi exercită atribuţiile în temeiul legii şi este condus de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie.

[1] Constituția României a fost republicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 767 din 31 octombrie 2003.
[2] Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor şi procurorilor a fost republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 826 din 13 septembrie 2005, cu modificările și completările ulterioare.
[3] Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară a fost republicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 827 din 13 septembrie 2005.

Principiile care stau la baza activității procurorilor sunt: legalitatea, imparțialitatea și controlul ierarhic.

Procurorii îşi desfăşoară activitatea sub autoritatea ministrului justiţiei, în condiţiile legii.

Rolul procurorilor este deosebit de important, ei îşi exercită funcţiile în conformitate cu legea, respectă şi protejează demnitatea umană şi apără drepturile persoanei.

Pentru asigurarea principiului imparțialității, parchetele sunt independente în relaţiile cu instanţele judecătoreşti, precum şi cu celelalte autorităţi publice.

Atribuțiile Ministerului Public diferă în materie civilă de cele determinate de lege în procesul penal. În raportul dintre aceste atribuții, ponderea covârșitoare, revine celor conferite de lege procurorului în materie penală. De aceea, se recunoaște unanim că în materie civilă, unde în mod firesc se confruntă, în principal, interese private, „jurisdicția" procurorului este una de excepție[4].

II. Participarea Ministerului Public în procesul civil. Procurorul nu este un reprezentant al părților în procesul civil, întrucât nu se poate admite ca acestea să aibă un reprezentant comun în condițiile în care interesele lor sunt contrare, precum și din cauza faptului că, procurorul are o poziție independentă în proces, activitatea sa procesuală nefiind subordonată vreuneia dintre părți, cum se întâmplă în cazul instituției reprezentării[5].

Totodată, procurorul nu are poziția procesuală de parte în proces, întrucât acesta nu este adversarul vreuneia dintre părțile aflate în litigiu, fiind străin de pretențiile lor[6].

El are în procesul civil un statut procesual distinct: el nu participă în orice proces civil; întrucât nu a avut calitatea de subiect în raportul substanțial, el nu are toate drepturile care îndeobște revin „părți" din raportul procesual (dreptul de a achiesa la pretențiile părții potrivnice sau dreptul de a tranzacționa); efectele hotărârii obținute, în procesul la care procurorul a participat, nu se răsfrâng asupra acestuia; chiar atunci când participă în procesul civil, el acționează „în temeiul legii și pentru asigurarea respectării acesteia", independent de instanță și de părți, potrivit legalității, imparțialității și controlului ierarhic; el poate exercita căile de atac împotriva hotărârilor pronunțate în cazurile prevăzute de art. 92 alin. 1 C. pr. civ., chiar dacă nu a pornit acțiunea civilă, precum și atunci când a participat la judecată, în condițiile legii[7].

Ca regulă, prin participarea procurorului în procesul civil, legea are în vedere participarea Ministerului Public, printr-unul dintre parchetele ce îl constituie.

În art. 63 din Legea nr. 304/2004, sunt prevăzute în mod expres atribuțiile pe care le exercită Ministerul Public exercită, prin procurori. Atribuțiile pe care le au în procesul civil sunt următoarele:

a) exercită acţiunea civilă, în cazurile prevăzute de lege;

[4] I. Leș, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole. Art. 1-1133,* Editura C. H. Beck, București, 2013, p. 155.
[5] D. N. Theohari, *Comentariu* (la art. 92-93), în „Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole" (coordonator G. Boroi), vol. I, Art. 29-93, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 265.
[6] Ibidem.
[7] I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă, vol. I,* Noul Cod de procedură civilă, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 585.

b) participă, în condiţiile legii, la şedinţele de judecată;

c) exercită căile de atac împotriva hotărârilor judecătoreşti, în condiţiile prevăzute de lege;

d) apără drepturile şi interesele legitime ale minorilor, ale persoanelor puse sub interdicţie, ale dispăruţilor şi ale altor persoane, în condiţiile legii;

e) exercită orice alte atribuţii prevăzute de lege.

În Legea nr. 134/2010, Codul de procedură civilă[8] în Cartea I, *Dispoziții generale,* este consacrat în Titlul II, *Participanții la procesul civil,* Capitolul III, *Participării Ministerului Public în procesul civil.*

Modalitățile de participare la procesul civil sunt următoarele: *pornirea acțiunii civile; participarea la judecata acțiunii civile; exercitarea căilor de atac și cererea de punere în executare a titlurilor executorii.*

Pentru realizarea acestor activități, este încurajată participarea Ministerului Public în procesul civil, prin scutirea de plata taxei de timbru și a cauțiunii.

În mod curent, acțiunile civile se împart în acțiuni evaluabile în bani și acțiuni neevaluabile în bani.

Acțiunile evaluabile în bani se timbrează diferențiat pe tranșe, care sunt stabilite de art. 3 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 80/2013[9].

În cazul celorlalte acțiuni neevaluabile în bani, actul normativ prevede sume fixe, cum sunt de ex. cele de la art. 7, care dispune că, acțiunile privind stabilirea și acordarea de despăgubiri pentru daunele morale aduse onoarei, demnității sau reputației unei persoane fizice se taxează cu 100 lei.

Totodată există și acțiuni care sunt scutite de la plata taxei de timbru. În acest sens, art. 29 dispune că, sunt scutite de la plata taxei judiciare de timbru acțiunile și cererile, inclusiv cele pentru exercitarea căilor de atac, ordinare și extraordinare, de exemplu, cele referitoare la: stabilirea și plata pensiilor, precum și alte drepturi prevăzute prin sistemele de asigurări sociale; stabilirea și plata ajutorului de șomaj, a ajutorului de integrare profesională și a alocației de sprijin, a ajutorului social, a alocației de stat pentru copii, a drepturilor persoanelor cu dizabilități și a altor forme de protecție socială prevăzute de lege; obligațiile legale și contractuale de întreținere, inclusiv acțiunile în constatarea nulității, în anularea, rezoluțiunea sau rezilierea contractului de întreținere; etc.

În schimb, potrivit art. 92 alin. 5 C. pr. civ., *în toate cazurile (s. n.),* Ministerul Public nu datorează taxe de timbru și nici cauțiuni.

---

[8] Legea nr. 134/2010 Codul de procedură civilă, a fost republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 545 din 3 august 2012.

[9] Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 80/2013 a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 392 din 29 iunie 2013.
Acțiunile și cererile evaluabile în bani, introduse la instanțele judecătorești, se taxează astfel:
a) până la valoarea de 500 lei - 8%, dar nu mai puțin de 20 lei;
b) între 501 lei și 5.000 lei - 40 lei + 7% pentru ce depășește 500 lei;
c) între 5.001 lei și 25.000 lei - 355 lei + 5% pentru ce depășește 5.000 lei;
d) între 25.001 lei și 50.000 lei - 1.355 lei + 3% pentru ce depășește 25.000 lei;
e) între 50.001 lei și 250.000 lei - 2.105 lei +2% pentru ce depășește 50.000 lei;
f) peste 250.000 lei - 6.105 lei + 1% pentru ce depășește 250.000 lei.

Soluția este firească, de vreme ce procurorul acţionează pentru apărarea drepturilor şi intereselor legitime ale părților[10].

Procurorul poate formula cereri, invoca excepții, propune dovezi în vederea stabilirii adevărului și în finalul judecății poate prezenta propriile sale concluzii cu privire la faptele cauzei și la aplicarea legii. Procurorul trebuie să aibă rol activ și să contribuie la aflarea adevărului în procesul civil. Numai în acest fel se poate realiza finalitatea avută în vedere de lege privitoare la apărarea ordinii de drept, a drepturilor și libertăților cetățenilor[11].

A. Pornirea acțiunii civile. Așa cum dispune art. 92 C. pr. civ., procurorul poate porni orice acțiune civilă, ori de câte ori este necesar pentru apărarea drepturilor și intereselor legitime ale minorilor, ale persoanelor puse sub interdicție și ale dispăruților, precum și în alte cazuri expres prevăzute de lege.

Dreptul procurorului de a declanșa procesul civil, necesită anumite precizări[12]:

- dreptul procurorului de a porni orice acțiune civilă vizează în fapt, formularea unei cereri de chemare în judecată, în numele unei persoane, și de a fi soluționată de instanțele judecătorești;

Prin „acțiune", trebuie să se înțeleagă nu numai cererea de chemare în judecată, cererea principală, introductivă de instanță, ci și cererile exercitate pe cale incidentală-cererea de intervenţie principală, cererea reconvențională, chemarea în judecată a altor persoane, chemarea în garanție. Nici exercitarea acțiunii pe cale principală, nici exercitarea ei pe cale incidentală nu sunt de natură să afecteze disponibilitatea părților în procesul civil, dreptul lor de a dispune de soarta procesului[13].

- procurorul poate pune în mișcare acțiunea civilă însă, numai în anumite cazuri expres prevăzute de lege, iar nu în orice situație. În acest sens, menționăm că procurorul are dreptul legal de a promova acțiunea civilă, numai pentru apărarea drepturilor şi intereselor legitime ale minorilor, ale persoanelor puse sub interdicție și ale dispăruților (de ex., cererea de deschidere a tutelei minorului-art. 110 C. civ.), precum și în alte cazuri expres prevăzute de lege (de ex., cererea în anularea unui act juridic încheiat de minor sau de persoana pusă sub interdicție judecătorească, în ipoteza în care actul s-a încheiat fără autorizarea instanței de tutelă – art. 46 alin. 3 C. civ.);

- pentru apărarea drepturilor și intereselor legitime ale minorilor, ale persoanelor puse sub interdicție și ale dispăruților, semnifică că, procurorul poate introduce orice tip de acțiune civilă, inclusiv pe cele cu caracter strict personal, care ar fi putut fi promovate numai de către persoanele limitativ enumerate de lege (de ex. acțiunea în stabilirea maternității- art. 423 alin. 1, 2 și 3 C. civ.), sau pe cele care ar presupune o manifestare subiectivă din partea celui interesat (de ex. acțiunea în anularea căsătoriei pentru viciul de consimțământ al soțului minor – art. 298 C. civ.).

- în măsura în care procurorul introduce acțiunea civilă, el nu face parte din constituirea instanței, figurând în proces în calitate de reclamant. În această calitate, parchetul

[10] M. Tăbârcă, *Drept procesual civil, vol. I- Teoria generală*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p.484.
[11] I. Leș, *op. cit.*, p. 158.
[12] D. N. Theohari, *op. cit.*, p. 266.
[13] I. Deleanu, *op. cit.*, p. 588.

respectiv se poate prezenta în fața instanței, prin consilier juridic sau avocat, însă pentru etapa judecății în primă instanță, opțiunea este facultativă.

Dimpotrivă, în recurs, în cazul instanţelor judecătoreşti şi parchetelor, cererile şi concluziile pot fi formulate şi susţinute de către preşedintele instanţei sau de către conducătorul parchetului, de către consilierul juridic ori de către judecătorul sau procurorul desemnat, în acest scop, de preşedintele instanţei ori de conducătorul parchetului, astfel cum dispune art. XI din Legea nr. 2/2013 privind unele măsuri pentru degrevarea instanţelor judecătorești și pentru pregătirea punerii în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă[14].

- din punctul de vedere al ordinii în care instanța acordă cuvântul în proces, procurorul care a inițiat acțiunea va vorbi primul, urmat de titularul dreptului introdus în proces, iar apoi de partea adversă, potrivit art. 216 alin. 2 C. pr. civ.;

B. Participarea la judecata acțiunii civile. Datorită rolului procurorului, de apărare a intereselor generale ale societății, acesta poate să pună concluzii în orice proces civil, în oricare fază a acestuia, dacă apreciază că este necesar pentru apărarea ordinii de drept, a drepturilor și intereselor cetățenilor, astfel cum dispune art. 92 alin. 2 C. pr. civ.

Oportunitatea manifestării astfel a procurorului în procesul civil aparține în exclusivitate acestuia, dacă legea nu prevede altfel[15].

Ca atare, procurorul poate participa la judecata oricărei acțiuni civile, nu numai la soluționarea celor pe care le poate iniția potrivit legii[16].

Participarea la judecata acțiunii civile îi conferă procurorului dreptul de a pune concluzii asupra oricărui aspect litigios, precum și de a propune probe. Procurorul nu are însă, dreptul de a exercita acte procedurale de dispoziție, întrucât nu este titularul vreunului drept subiectiv care face obiectul judecății sau al cererii introductive, cu excepția, cazului în care este inițiatorul acesteia[17].

Regula în materie este aceea că participarea procurorului la judecarea acțiunii civile este facultativă[18].

Există însă, cazuri anume prevăzute de lege, când participarea și punerea concluziilor de către procuror sunt obligatorii, sub sancțiunea nulității absolute a hotărârii.

Nulitatea hotărârii este determinată de faptul că, prin neparticiparea procurorului la judecată, atunci când legea impune aceasta, completul nu a fost legal constituit. Nulitatea nu este condiționată de vătămare, în condițiile art. 176 pct. 4 C. pr. civ[19].

Menționăm spre exemplificare, situații de participare obligatorie a procurorului în procesul civil.

B.1. În acest sens, semnalăm prezența obligatorie a procurorului în ***Procedura punerii sub interdicție judecătorească,*** din cadrul Cărții a VI-a, *Proceduri speciale.*

[14] Legea nr. 2/2013 a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 89 din 12 februarie 2013.
[15] I. Deleanu, *op. cit.*, p. 589.
[16] D. N. Theohari, *op. cit.*, p. 267.
[17] Ibidem.
[18] Ibidem.
[19] M. Tăbârcă, *op. cit.*, p. 482.

Participarea procurorului este obligatorie atât în luarea măsurilor prealabile, cât și în procedura punerii sub interdicție[20].

Astfel, amintim prevederile art. 937 alin. 1 C. pr. civ., care dispune că, atunci când cererea de punere sub interdicție nu a fost introdusă de procuror, i se comunică acestuia copii de pe cerere și de pe înscrisurile anexate.

Apoi, în art. 939 alin. 3 C. pr. civ., se arată că, judecarea cererilor de punere sub interdicție judecătorească, se va face cu participarea procurorului.

Măsura punerii sub interdicție nu este definitivă, ci, se poate reveni asupra ei. La ridicarea interdicției, deoarece se aplică aceeași procedură ca și la instituirea acestei măsuri, participarea procurorului este obligatorie, astfel cum dispune art. 942 alin. 1 C. pr. civ.

B. 2. De asemenea, în cadrul *Procedurilor speciale*, este reglementată și ***Procedura de declare a morții.*** Potrivit art. 945 alin. 4 C. pr. civ., judecarea se va face cu participarea procurorului.

Hotărârea judecătorească de declarare a morții poate fi desființată nu doar prin calea de atac a apelului, ci și prin constatarea nulității ei. Motivele care pot determina nulitatea hotărârii se referă la situația în care persoana este în viață, respectiv când se înfățișează certificatul de stare civilă prin care se constată decesul celui declarat mort.

În aceste cazuri, judecarea cererii se face cu citarea persoanelor care au fost părți în procesul de declarare a morții și cu participarea procurorului.

B. 3. Participarea obligatorie a procurorului este prevăzută și în art. 23 alin. 1 din ***Legea nr. 33/1994 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică***[21], care dispune că, soluționarea cererii de expropriere se face cu participarea obligatorie a procurorului.

În acest caz, fiind în discuție un interes general, este justificată participarea obligatorie a procurorului.

B. 4. Un alt caz de participare obligatorie a procurorului, este cel prevăzut de art. 76 alin. din ***Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției***[22], care se referă atât la procedura adopției interne, cât și a celei internaționale.

Potrivit art. 74 alin. 3 din Legea nr. 273/2004, cererile referitoare la adopție sunt de competența tribunalului în a cărui rază teritorială se află domiciliul adoptatului. Cauzele pentru judecarea cărora nu se poate determina instanța competentă se judecă la Tribunalul București.

Toate cererile privitoare la adopție se soluționează de complete specializate ale instanţei judecătoreşti, în camera de consiliu, cu participarea obligatorie a procurorului.

Este fără îndoială că, interesul superior al minorilor care urmează să fie adoptați, necesită prezența obligatorie a procurorului în proces.

B. 5. O altă situație deosebită prin gravitatea ei, este ***decăderea din exercițiul drepturilor părinteşti.*** Instanța de tutelă, la cererea autorităților administrației publice cu atribuții în domeniul protecției copilului, poate pronunța decăderea din exercițiul drepturilor

[20] C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea specială,* Ediția 5, Editura C. H. Beck, București, 2014, p. 113.
[21] Legea nr. 33/1994 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică, a fost republicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 472 din 5 iulie 2011.
[22] Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției, a fost republicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 259 din 19 aprilie 2012.

părinteşti dacă părintele pune în pericol viaţa, sănătatea sau dezvoltarea copilului prin rele tratamente aplicate acestuia, prin consumul de alcool sau stupefiante, prin purtarea abuzivă, prin neglijenţa gravă în îndeplinirea obligaţiilor părinteşti ori prin atingerea gravă a interesului superior al copilului. Potrivit art. 508 alin. 2 C. civ., cererea se judecă de urgenţă, cu citarea părinţilor şi pe baza raportului de anchetă psihosocială. Participarea procurorului este obligatorie.

B. 6. Un alt caz de participare obligatorie a procurorului în procesul civil este prevăzut de ***Legea nr. 272/2004 privind protecţia şi promovarea drepturilor copilului***[23].

Astfel, potrivit art. 133 din Legea nr. 272/2004, cauzele referitoare la stabilirea măsurilor de protecţie specială sunt de competenţa tribunalului de la domiciliul copilului.

Dacă domiciliul copilului nu este cunoscut, competenţa revine tribunalului în a cărui circumscripţie teritorială a fost găsit copilul.

Aceste cauze se soluţionează în regim de urgenţă, cu citarea reprezentantului legal al copilului, a direcţiei generale de asistenţă socială şi protecţia copilului şi cu participarea obligatorie a procurorului.

B. 7. De asemenea, mai menţionăm participarea obligatorie a procurorului în cazul cererilor prevăzute de ***Legea nr. 119/1996 cu privire la actele de stare civilă***[24].

Potrivit art. 17 alin. 3 din Legea nr. 119/1996, declararea naşterii se face în termen de 15 zile pentru copilul născut viu şi în termen de 3 zile pentru copilul născut mort. Termenele se socotesc de la data naşterii.

Dacă declaraţia de înregistrare a naşterii este tardivă şi se face după trecerea unui an de la data naşterii, întocmirea actului se face în baza hotărârii judecătoreşti definitive, care trebuie să conţină toate datele necesare întocmirii actului de naştere, astfel cum dispune art. 21 alin. 1 din Legea nr. 119/1996.

Potrivit art. 21 alin. 2 din Legea nr. 119/1996, acţiunea se introduce la judecătoria în a cărei rază teritorială are domiciliul persoana interesată sau unde are sediul serviciul de protecţie specială a copilului. Cererea se soluţionează potrivit dispoziţiilor privind procedura necontencioasă din Codul de procedură civilă. Judecarea cauzei se face cu participarea procurorului.

Tot astfel, cum dispune art. 60 alin. 1 din Legea nr. 119/1996, anularea, completarea sau modificarea actelor de stare civilă şi a menţiunilor înscrise pe acestea, se poate face numai în temeiul unei hotărâri judecătoreşti definitive.

În cazul anulării, completării şi modificării actelor de stare civilă, sesizarea instanţei judecătoreşti se face de către persoana interesată, de structurile de stare civilă din cadrul serviciilor publice comunitare locale sau judeţene de evidenţă a persoanelor ori de către parchet. Cererea se soluţionează de judecătoria în a cărei rază teritorială se află domiciliul sau sediul acestora, pe baza verificărilor efectuate de serviciul public comunitar local de evidenţă a persoanelor şi a concluziilor procurorului.

[23] Legea nr. 272/2004 privind protecţia şi promovarea drepturilor copilului, a fost republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 159 din 5 martie 2014.
[24] Legea nr. 119/1996 cu privire la actele de stare civilă, a fost republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 743 din 2 noiembrie 2009, cu modificările şi completările ulterioare.

B. 8. Procurorul participă în procesul civil în cazurile stabilite de ***Legea nr. 14/2003 a partidelor politice***[25].

Astfel cum dispune art. 20 din Legea nr. 14/2013, Tribunalul București examinează cererea de înregistrare a partidului politic în şedinţă publică, cu participarea reprezentantului Ministerului Public.

Tribunalul București se pronunță asupra cererii de înregistrare a partidului politic printr-o decizie, împotriva căreia se poate face apel la Curtea de Apel București, în termen de 5 zile de la comunicare, de către conducătorul organului executiv al partidului politic, de membrii fondatori, de Ministerul Public sau de persoanele fizice sau juridice interesate.

Curtea de Apel București va examina apelul în ședință publică, în termen de cel mult 15 zile de la înregistrarea acestuia. Decizia Curții de Apel București este definitivă.

De asemenea, potrivit art. 25 din Legea nr. 14/2003, modificarea statutului sau a programului partidului politic poate avea loc în condițiile prevăzute de statut.

Orice modificare se comunică Tribunalului București, în termen de 30 de zile de la data adoptării, cu îndeplinirea cerințelor ca cererea de înregistrare să fie afișată la sediul Tribunalului București timp de 15 zile, iar în termen de 3 zile de la data depunerii cererii de înregistrare, anunțul cu privire la aceasta se publică de către solicitant într-un ziar central de mare tiraj.

Tribunalul București examinează cererea în ședință publică, cu participarea reprezentantului Ministerului Public.

Instanța de judecată se pronunță asupra cererii în cel mult 15 zile de la expirarea termenului 15 zile de la afișarea cererii la sediul Tribunalului București.

Împotriva deciziei Tribunalului București, pot face apel la Curtea de Apel Bucureşti, în termen de 5 zile de la comunicare, conducătorul organului executiv al partidului politic și membrii fondatori, Ministerul Public și persoanele fizice sau juridice interesate.

Potrivit art. 26 din Legea nr. 14/2003, în cazul în care modificările nu sunt comunicate în termen de 30 de zile de la data adoptării, și de asemenea, nu au fost îndeplinite cerințele ca cererea de înregistrare să fie afișată la sediul Tribunalului București timp de 15 zile, iar în termen de 3 zile de la data depunerii cererii de înregistrare, anunțul cu privire la aceasta să fie publicat de către solicitant într-un ziar central de mare tiraj, sau daca instanța a respins cererea de încuviințare a modificării statutului, iar partidul în cauză acționează în baza statutului modificat, Ministerul Public va solicita Tribunalului București încetarea activității și radierea acestuia din Registrul partidelor politice.

În termen de 15 zile de la înregistrarea cererii Ministerului Public, Tribunalul București se va pronunța asupra acesteia.

Împotriva hotărârii Tribunalului București partea interesată poate face apel la Curtea de Apel București, în termen de 5 zile de la data comunicării hotărârii.

Curtea de Apel București se pronunța prin hotărâre definitivă în termen de 15 zile de la înregistrarea apelului.

[25] Legea nr. 14/2003 a partidelor politice, a fost republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 347 din 12 mai 2014.

Hotărârea definitivă de admitere a modificării statutului se publică în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a.

De asemenea, în cazul reorganizării partidelor politice, procurorul participă la examinarea cererilor, potrivit art. 39 alin. 2 (fuziunea prin absorbție), art. 40 alin. 3 (fuziunea prin contopire) și art. 41 alin. 3 (divizarea) din Legea nr. 14/2003.

Activitatea unui partid politic poate înceta și prin dizolvare, care este cerută potrivit art. 46 alin. 2 din Legea nr. 14/2003, de către Ministerul Public, Tribunalului Bucureşti.

Dizolvarea unui partid politic poate fi cerută de exemplu, când se constată încălcarea prevederilor art. 30 alin. (7) din Constituția României, care interzice defăimarea ţării şi a naţiunii, îndemnul la război de agresiune, la ură naţională, rasială, de clasă sau religioasă, incitarea la discriminare, la separatism teritorial sau la violenţă publică, precum şi manifestările obscene, contrare bunelor moravuri și ale art. 40 alin. (2) și (4) din Constituția României, care dispun că partidele sau organizațiile care, prin scopurile ori prin activitatea lor, militează împotriva pluralismului politic, a principiilor statului de drept ori a suveranităţii, a integrității sau a independenței României sunt neconstituționale și că asociațiile cu caracter secret sunt interzise.

În sfârșit, potrivit art. 47 alin. 2 din Legea nr. 14/2003, Tribunalul Bucureşti, la cererea Ministerului Public, va constata încetarea existenței unui partid politic, dacă se constată inactivitatea acestuia.

B. 9. Procurorul participă la ***soluționarea excepțiilor de neconstituționalitate*** ridicate în fața instanțelor judecătorești sau de arbitraj comercial, dar pot fi invocate și de către acesta. Potrivit art. 29 alin. 2 din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale[26], excepția poate fi ridicată la cererea uneia dintre părți sau, din oficiu, de către instanța de judecată ori de arbitraj comercial. De asemenea, excepția poate fi ridicată de procuror în fața instanței de judecată, în cauzele la care participă.

Art. 30 alin. 2 din Legea nr. 47/1992, dispune că, judecata excepției de neconstituționalitate are loc la termenul stabilit, pe baza actelor cuprinse în dosar, cu înștiințarea părților și a Ministerului Public. Participarea procurorului la judecată este obligatorie.

Excepțiile de neconstituţionalitate pot fi invocate şi de Avocatul Poporului, situație în care potrivit art. 33 din Legea nr. 47/1992, la soluționarea lor, participă procurorul.

Potrivit art. 52 din Legea nr. 47/1992, la ședințele Plenului Curții Constituționale, participă toți judecătorii Curții Constituționale. De asemenea, participă în mod obligatoriu magistratul–asistent repartizat pe lângă judecătorul-raportor, iar în cazurile și condițiile prevăzute de lege, reprezentantul Ministerului Public și alte persoane sau autorități, înștiințate în acest scop.

[26] Legea nr. 47/1992 privind organizarea şi funcţionarea Curţii Constituţionale a fost republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 807 din 3 decembrie 2010, cu modificările şi completările ulterioare.

B. 10. Procurorul participă la judecarea cauzelor privind ***restrângerea exercitării dreptului la libera circulație a cetățenilor români*** , astfel cum dispune art. 39 alin. 7 din ***Legea nr. 248/2005 privind regimul liberei circulații a cetățenilor români în străinătate***[27].

Limitarea exercitării dreptului la liberă circulaţie în străinătate, poate fi dispusă de către tribunalul în a cărui rază teritorială se află domiciliul persoanei faţă de care urmează să fie luată măsura, iar când aceasta are domiciliul în străinătate, de către Tribunalul Bucureşti.

Prezența procurorului la toate şedinţele de judecata este obligatorie.

Restrângerea exercitării dreptului la liberă circulaţie în străinătate a cetăţenilor români poate fi dispusă pentru o perioadă de cel mult 3 ani, numai în condiţiile şi cu privire la persoana a cărei prezenţă pe teritoriul unui stat, prin activitatea pe care o desfăşoară sau ar urma să o desfăşoare, ar aduce atingere grava intereselor României sau, după caz, relaţiilor bilaterale dintre România şi acel stat.

B. 11. O altă participare a procurorului este cea stabilită de ***Legea nr. 115/1996 pentru declararea și controlul averii demnitarilor, magistraților, a unor persoane cu funcții de conducere și de control și a funcționarilor publici***[28].

Astfel cum dispune art. 10 din Legea nr. 115/1996, pe lângă fiecare curte de apel va funcționa o comisie de cercetare a averilor, formată din 2 judecători de la curtea de apel, desemnați de președintele acesteia, dintre care unul în calitate de președinte și un procuror de la parchetul care funcționează pe lângă curtea de apel, desemnat de prim-procurorul acestui parchet.

Comisia de cercetarea hotărăşte cu majoritate de voturi, în cel mult 3 luni de la data sesizării, pronunțând o ordonanță motivată, prin care poate dispune: trimiterea cauzei spre soluționare curții de apel în raza căreia domiciliază persoana a căreia avere este supusă controlului, dacă se constată, pe baza probelor administrare, că dobândirea unei cote-părți din aceasta sau a anumitor bunuri determinate nu are caracter justificat; clasarea cauzei, când constată că proveniența bunurilor este justificată; suspendarea controlului și trimiterea cauzei parchetului competent, dacă în legătură cu bunurile a căror proveniență este nejustificată rezultă săvârșirea unei infracțiuni.

Ordonanța de clasare se comunică părților și parchetului de pe lângă curtea de apel în raza căreia funcționează comisia de cercetare sau, după caz, parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție și organelor fiscale.

Potrivit art. 16 alin. 1 din Legea nr. 115/1996, președintele curții de apel sau președintele secției de contencios administrativ și fiscal, primind dosarul, fixează termen de judecată, potrivit legii, și dispune citarea tuturor părților care au fost chemate de Agenție. Statul, prin Ministerul Economiei și Finanțelor, va fi întotdeauna citat în instanță. Participarea procurorului și a Agenției Naționale de Integritate este obligatorie.

[27] Legea nr. 248/2005 privind regimul liberei circulații a cetățenilor români în străinătate, a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 682 din 29 iulie 2005, cu modificările și completările ulterioare.
[28] Legea nr. 115/1996 pentru declararea și controlul averii demnitarilor, magistraților, a unor persoane cu funcții de conducere și de control și a funcționarilor publici, a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 263 din 28 octombrie 1996, cu modificările și completările ulterioare.

B. 12. ***Ordonanța Guvernului nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații***[29], prevede participarea procurorului, ale cărui concluzii sunt obligatorii, dacă suntem în prezența unei neregularități legată de dreptul de asociere.

Potrivit art. 5 din Ordonanța Guvernului nr. 26/2000, asociația dobândește personalitate juridică prin înscrierea în Registrul asociațiilor și fundațiilor aflat la grefa judecătoriei în a cărei circumscripție își are sediul.

Astfel cum dispune art. 9 alin. 1 din Ordonanța Guvernului nr. 26/2000, în cazul în care cerințele legale pentru constituirea asociației nu sunt îndeplinite, judecătorul, la expirarea termenului de 3 zile de la depunerea cererii de înscriere, îl va cita, în camera de consiliu, pe reprezentantul asociației, punându-i în vedere, în scris, să remedieze neregularitățile constatate.

Dacă neregularitățile constatate privesc dispoziţiile art. 40 alin. (2) din Constituţie (partidele sau organizațiile care, prin scopurilor ori prin activitatea lor, militează împotriva pluralismului politic, a principiilor statului de drept ori a suveranității, a integrității sau a independenței României sunt neconstituționale) pentru termenul fixat va fi citat și parchetul de pe lângă instanța sesizată, căruia i se vor comunica, în copie, cererea de înscriere, împreună cu actul constitutiv și statutul asociației. În acest caz punerea concluziilor de către procuror este obligatorie, astfel cum prevede art. 9 alin. 2 din Ordonanța Guvernului nr. 26/2000.

Cererea de înscriere a asociației, depinde de înlăturarea neregularităților. Astfel, în situația în care, la termenul fixat, neregularitățile sunt înlăturate, judecătorul, ascultând și concluziile procurorului, dacă este cazul, va lua act despre aceasta prin încheiere, dispunând înscrierea asociației în Registrul asociațiilor și fundațiilor.

Dimpotrivă, în cazul în care neregularitățile nu au fost înlăturate sau, deși legal citat, reprezentantul asociației lipsește în mod nejustificat, judecătorul va respinge cererea de înscriere prin încheiere motivată.

Încheierile de admitere sau de respingere a cererii de înscriere sunt supuse numai apelului.

În cazul în care procurorul nu a participat la soluționarea cererii, parchetului pe de lângă

instanța sesizată i se vor comunica și copii de pe actul constitutiv și de pe statutul asociației, împreună cu încheierea de admitere ori de respingere a cererii de înscriere, după caz.

Termenul de apel este de 5 zile și curge de la data pronunțării, pentru cei care au fost prezenți, și de la data comunicării, pentru cei care au lipsit.

B. 13. Un alt caz de participare a procurorului în procesul civil, este cel prevăzut de ***Legea nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței în familie***[30].

Potrivit art. 23 din Legea nr. 217/2003, persoana a cărei viaţă, integritate fizică sau psihică ori libertate, este pusă în pericol printr-un act de violență din partea unui membru al familiei, poate solicita instanței ca în scopul înlăturării stării de pericol, să emită un ordin de

[29] Ordonanța Guvernului nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații, a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 39 din 31 ianuarie 2000, cu modificările și completările ulterioare.
[30] Legea nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței în familie, a fost republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 205 din 24 martie 2014.

protecție, prin care să se dispună, cu caracter provizoriu, una ori mai multe dintre următoarele măsuri - obligaţii sau interdicții: a) evacuarea temporară a agresorului din locuința familiei, indiferent dacă acesta este titularul dreptului de proprietate; b) reintegrarea victimei și, după caz, a copiilor, în locuința familiei; c) limitarea dreptului de folosință al agresorului numai asupra unei părți a locuinței comune atunci când aceasta poate fi astfel partajată încât agresorul să nu vină în contact cu victima; d) obligarea agresorului la păstrarea unei distanțe minime determinate față de victimă, față de copiii acesteia sau față de alte rude ale acesteia ori față de reședința, locul de muncă sau unitatea de învățământ a persoanei protejate; e) interdicția pentru agresor de a se deplasa în anumite localități sau zone determinate pe care persoana protejată le frecventează ori le vizitează periodic; f) interzicerea oricărui contact, inclusiv telefonic, prin corespondență sau în orice alt mod, cu victima; g) obligarea agresorului de a preda poliției armele deținute; h) încredințarea copiilor minori sau stabilirea reședinței acestora.

Modul de soluționare a cererii este reglementat de art. 27 din Legea nr. 217/2003. Cererile se judecă de urgență, în camera de consiliu, participarea procurorului fiind obligatorie.

Citarea părților se face potrivit regulilor privind citarea în cauze urgente. La cerere, persoanei care solicită ordinul de protecție i se poate acorda asistență sau reprezentare prin avocat. Asistența juridică a persoanei împotriva căreia se solicită ordinul de protecție este obligatorie.

În caz de urgență deosebită, instanța poate emite ordinul de protecție chiar în aceeași zi, pronunțându-se pe baza cererii și a actelor depuse, fără concluziile părților. Procurorul are obligația de a informa persoana care solicită ordinul de protecție asupra prevederilor legale privind protecția victimelor infracțiunii.

Judecata se face de urgență și cu precădere, nefiind admisibile probe a căror administrare necesita timp îndelungat.

Împotriva hotărârii prin care se dispune ordinul de protecție, se poate formula numai recurs, care poate fi exercitat în termen de 3 zile de la pronunțare, dacă s-a dat cu citarea părților, și de la comunicare, dacă s-a dat fără citarea lor.

Ordinul de protecție fiind executoriu, instanța de recurs poate dispune suspendarea executării până la judecarea recursului, dar numai cu plata unei cauțiuni al cărei cuantum se va stabili de către aceasta.

Recursul se judecă cu citarea părților, participarea procurorului fiind obligatorie.

B. 14. În sfârșit, un alt caz de participare a procurorului în procesul civil, este cel prevăzut de ***Legea nr. 67/2004 pentru alegerea autorităților administraţiei publice locale***[31].

Astfel, potrivit art. 121 din Legea nr. 67/2004, judecarea de către instanță a întâmpinărilor, contestațiilor şi a oricăror alte cereri prevăzute de lege se face potrivit regulilor

stabilite pentru ordonanța preşedinţială, cu participarea obligatorie a procurorului.

[31] Legea nr. 67/2004 pentru alegerea autorităților administraţiei publice locale, a fost republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 333 din 17 mai 2007, cu modificările şi completările ulterioare.

Împotriva hotărârilor definitive pronunțate de instanțele judecătoreşti potrivit Legii nr. 67/2004, nu există cale de atac.

B. 15. În unele situații, prevăzute de lege, deși participarea procurorului la judecată nu este obligatorie, el va fi citat. De exemplu, ***în cazul soluționării contestațiilor având ca obiect constituționalitatea unui partid politic,*** când potrivit art. 40 alin. 2 din ***Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale,*** care se judecă pe baza raportului prezentat de judecătorul desemnat în acest scop şi a probelor administrate, cu citarea contestatorului, a partidului politic a cărui constituționalitate este contestată şi a Ministerului Public.

B. 16. În raporturile juridice dintre consumatorii prejudiciați şi operatorii economici, potrivit art. 48 din ***Ordonanța Guvernului nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor***[32]**,** Ministerul Public poate interveni în acţiunile civile introduse, în care sunt implicate interesele consumatorilor.

În acest caz, legea se referă, în mod expres, la dreptul procurorului de a interveni în proces[33].

În măsura în care legea prevede în mod expres participarea procurorului la judecată, acesta va intra în constituirea instanței, spre deosebire de situația în care procurorul a introdus acțiunea civilă, caz în care acesta are calitatea de reclamant[34].

Instanța de judecată nu este ținută de concluziile procurorului, aceasta putându-le valorifica sau, dimpotrivă, combate prin soluția pronunțată, instanța fiind legată numai de participarea și de punerea concluziilor de către procuror, în situația în care acestea sunt obligatorii[35].

La finalul litigiului, președintele dă cuvântul mai întâi reclamantului, apoi pârâtului, precum şi celorlalte părți din proces, în funcție de poziția lor procesuală. Reprezentantul Ministerului Public va vorbi cel din urmă, în afară de cazul când a pornit acțiunea, astfel cum dispune art. 216 alin. 2 C. pr. civ.

C. Exercitarea căilor de atac. Procurorul, astfel cum prevede art. 92 alin. 4 C. pr. civ., poate să exercite căile de atac împotriva hotărârilor pronunțate în cauzele referitoare la drepturile și interesele minorilor, ale persoanelor puse sub interdicție, ale dispăruților, chiar dacă nu a pornit acțiunea civilă și în alte cazuri expres prevăzute de lege, precum și atunci când a participat la judecată, în condițiile legii.

Prerogativa procurorului de a exercita căile de atac, inclusiv cele extraordinare de retractare, în situațiile arătate, nu contravine exigențelor derivate din jurisprudența instanței europene[36].

Pe temeiul art. 92 alin. 4 C. pr. civ., procurorul poate să exercite toate căile de atac care stau și la îndemâna părților - apelul, recursul, contestația în anulare şi revizuirea -, dacă sunt întrunite condițiile prevăzute de lege[37].

---

[32] Ordonanța Guvernului nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor a fost republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 208 din 28 martie 2007, cu modificările și completările ulterioare.
[33] I. Leș, *op. cit.*, p. 157.
[34] D. N. Theohari, *op. cit.*, p. 268.
[35] Ibidem.
[36] I. Deleanu, *op. cit.*, p. 590.

De asemenea, potrivit art. 522 alin. 1 C. pr. civ., procurorul care participă la judecată, poate face contestație privind tergiversarea procesului prin care, invocând încălcarea dreptului la soluționarea procesului într-un termen optim și previzibil, să solicite luarea măsurilor legale pentru ca această situație să fie înlăturată.

În cazul promovării căilor de atac, una dintre condiții este să fie exercitate de către partea nemulțumită. Astfel, o persoană care nu a dobândit calitatea de participant la proces, nu poate promova o cale de atac, decât cu anumite excepții limitativ prevăzute de lege (intervenția principală cu acordul expres al părților poate fi făcută și direct în fața instanței de apel, iar intervenția accesorie, poate fi făcută până la închiderea dezbaterilor, în tot cursul judecății și în căile extraordinare de atac).

În schimb, în cazul categoriei persoanelor ocrotite în mod special și în cazurile expres prevăzute de lege, procurorul va putea să exercite căile de atac, chiar dacă *nu a pornit acțiunea civilă, precum și atunci când a participat la judecată, în condițiile legii (s. n.).*

Menționăm că, în măsura în care procurorul nu avea posibilitatea să promoveze acțiunea civilă introdusă de reclamant și nici nu a participat la judecată, participarea sa nefiind obligatorie, procurorul nu are dreptul să atace hotărârea pronunțată în cauză, o eventuală cale de atac exercitată urmând a fi respinsă ca inadmisibilă[38].

În schimb, dacă participarea procurorului la judecata în fața primei instanțe era obligatorie, iar aceasta nu s-a realizat, chiar dacă acțiunea nu este una dintre cele vizate în mod expres de art. 92 alin. 1 C. pr. civ., procurorul poate exercita calea de atac împotriva hotărârii pronunțate cu nelegala alcătuire a instanței[39].

Potrivit art. 468 alin. 4 C. pr. civ., pentru procuror, termenul de apel curge de la pronunțarea hotărârii, în afară de cazurile în care procurorul a participat la judecarea cauzei, când termenul de apel curge de la comunicarea hotărârii. La aceste dispoziții legale face trimitere și art. 485 alin. 1, teza a II-a C. pr. civ., privitor la termenul de recurs[40].

Această prevede legală se justifică prin prisma împrejurării că numai în situația în care procurorul a participat la judecată, acestuia i se comunică hotărârea judecătorească, independent dacă participarea și concluziile sale erau obligatorii potrivit legii[41].

În materia recursului în interesul legii, care este reglementat în Titlul III *Dispoziții privind asigurarea unei practici judiciare unitare*, art. 514 C. pr. civ., conferă calitate procesuală în promovarea acestuia și procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, din oficiu sau la cererea ministrului justiției[42].

Recursul în interesul legii, se exercită pentru asigurarea interpretării și aplicării unitare a legii, de către toate instanțele judecătorești.

D. Punerea în executare a titlurilor executorii. Procurorul poate, potrivit art. 92 alin. 5 C. pr. civ., să ceară punerea în executare a oricăror titluri executorii emise în favoarea minorilor, a persoanelor puse sub interdicție și a dispăruților.

[37] Idem, p. 591.
[38] D. N. Theohari, *op. cit.*, p. 269.
[39] Ibidem.
[40] Ibidem.
[41] Ibidem.
[42] Ibidem.

Prin urmare, în alte situații procurorul nu poate solicita punerea în executare a unei hotărâri judecătorești sau a altui titlu executoriu[43].

În contextul acestei atribuții a procurorului în procesul civil- executarea silită fiind o fază a acestui proces - el va proceda, după caz, fie la a cere executarea silită a titlului, supraveghind totodată măsurile de executare, fie doar la supravegherea modului cum se realizează executarea, atunci când ea a fost pornită la cererea părții interesate[44].

Titlurile executorii care pot fi puse în executare, nu sunt doar hotărârile judecătoreşti, ci, şi biletele la ordin, contracte de asistență juridică, contracte de credit, etc.

Legea nu prevede drept condiție suplimentară pentru existența dreptului procurorului de a solicita punerea în executare a titlurilor executorii, obligativitatea participării acestuia la judecata procesului în care a fost pronunțată hotărârea judecătorească respectivă, cu atât mai mult cu cât restul titlurilor executorii, ce nu sunt hotărâri judecătorești, nu presupun un proces judiciar[45].

Ministerul Public are posibilitatea de a exercita contestaţia la executare și cerere de întoarcere a executării silite numai în măsura în care este necesar pentru apărarea drepturilor și intereselor legitime ale minorilor, ale persoanelor puse sub interdicție și ale dispăruților. Chiar dacă aceste cereri nu au fost exercitate de procuror, acesta are dreptul de a participa la judecarea lor, dacă apreciază că este necesar pentru apărarea ordinii de drept, a drepturilor și intereselor cetățenilor[46].

E. Efecte față de titularul dreptului. În cazurile în care procurorul a pornit acțiunea civilă pentru apărarea drepturilor și intereselor legitime ale minorilor, ale persoanelor puse sub interdicție și ale dispăruților, titularul dreptului va fi introdus în proces și se va putea prevala de dispozițiile referitoare la renunțarea la judecată, la renunțarea la dreptul pretins și la hotărârea prin care se încuviințează învoiala părților, astfel cum dispune art. 93 C. pr. civ.

În ipoteza în care procurorul inițiază acțiunea civilă, instanța va dispune în mod obligatoriu introducerea în cauză și citarea titularului dreptului în calitate de reclamant[47].

Titularul dreptului va putea să facă acte de dispoziție: renunțarea la judecată, renunțarea la dreptul pretins și să încheie o tranzacție.

Articolul 93 C. pr. civ., nu trebuie însă interpretat restrictiv, adică în sensul că titularul dreptului odată introdus în proces beneficiază numai de prerogativele expres menționate. Titularul dreptului, devenit parte în procesul civil, beneficiază, bineînțeles, de toate drepturile care, îndeobște, sunt recunoscute părții. De exemplu, el va putea modifica sau întregi cererea, va putea mări sau micșora câtimea obiectului acesteia, va putea cere valoarea obiectului pierdut, va putea înlocui cererea în constatare printr-o cerere în realizarea sau invers; împreună cu cealaltă parte, va putea cere suspendarea judecății[48].

Din perspectiva dispozițiilor art. 92 alin. 1 C. pr. civ., privind exercitarea acțiunii civile, procurorul nu va putea face întâmpinare în numele părții chemate în judecată ca pârât

[43] I. Leș, *op. cit.*, p. 159.
[44] I. Deleanu, *op. cit.*, p. 591.
[45] D. N. Theohari, *op. cit.*, p. 270.
[46] Ibidem.
[47] Ibidem.
[48] I. Deleanu, *op. cit.*, p. 588.

(deoarece întâmpinarea nu este o acțiune, ci actul prin care pârâtul, răspunzând la toate capetele de fapt și de drept ale cererii reclamantului, își formulează apărările), nu va putea face intervenție accesorie (intervenția pentru a sprijini apărarea uneia dintre părți, este o simplă cerere în apărare, conexă și dependentă în considerabilă măsură de acțiunea sau contraacțiunea la care se atașează), nici nu va putea arăta pe titularul dreptului (autorul intervenției forțate, nu poate fi decât pârâtul; pe de altă parte, procurorul nu poate ajunge în situația de a fi deținător cu titlu precar al unui bun sau de a exercita un drept real asupra acelui bun în numele altuia)[49].

Dacă în cursul procesului, declanșat de către procuror prin exercitarea acțiunii, se face o cerere reconvențională ori se formulează orice altă cerere incidentală, eventualele consecințe ale acestora nu se răsfrâng asupra procurorului care a exercitat acțiunea civilă sau, care a intervenit în proces pentru a pune concluzii, ci, asupra titularului dreptului introdus în proces și care, are drepturile de dispoziție prevăzute de lege, inclusiv în legătură cu cererile incidentale[50].

Art. 406 C. pr. civ. reglementează condițiile renunțării la judecată. Astfel, reclamantul, fiind cel care a inițiat procesul, în temeiul principiului disponibilității care guvernează procesul civil, poate să renunțe oricând la judecată, în tot sau în parte, fie verbal în ședință de judecată, fie prin cerere scrisă. Cererea se face personal sau prin mandatar cu procură specială.

Renunțarea la judecată, poate avea loc, în fața primei instanței, dar și în fața instanței de apel sau în căile extraordinare de atac.

În art. 408 și 409 C. pr. civ., este reglementată renunțarea la dreptul pretins. Reclamantul poate, în tot cursul procesului, să renunțe la însuși dreptul pretins, dacă poate dispune de acesta, fără a fi necesar acordul pârâtului.

Având efectele cele mai drastice, renunțarea se poate face atât verbal în ședință, pentru ca instanța de judecată, să verifice atât consimțământului titularului, cât și categoria din care face parte dreptul la care se renunță, dacă titularul poate dispune de acest drept, cât și prin înscris autentic, notarul având rolul de efectua verificările cu privire la legalitatea renunțării la drept.

Renunțarea la dreptul dedus judecății, poate avea loc în apel și în celelalte căi extraordinare de atac.

Părțile pot să decidă încheierea unei tranzacții spre a pune capăt litigiului existent între ele. Art. 438 C. pr. civ., prevede care sunt condițiile în care se poate lua act de tranzacție.

În acest sens, părțile se pot înfățișa oricând în cursul judecății, chiar fără să fi fost citate, pentru a cere să se dea o hotărâre care să consfințească tranzacția lor. Dacă părțile se înfățișează la ziua stabilită pentru judecată, cererea pentru darea hotărârii va putea fi primită chiar de un singur judecător.

Astfel cum dispune art. 93 C. pr. civ., dacă procurorul își va retrage cererea, titularul dreptului introdus în proces, va putea cere continuarea judecății sau a executării silite.

[49] Ibidem.
[50] Idem, p. 589.

Dacă titularul dreptului cere continuarea judecății, soluționarea cauzei va avea loc numai între acesta și restul părților litigante, Ministerul Public fiind scos din proces[51].

În dispozitivul hotărârii trebuie să figureze atât Ministerul Public, cât și titularul dreptului introdus în proces. Drept urmare, instanța va admite/respinge acțiunea pornită de Ministerul Public și continuată și de titularul dreptului[52].

Dacă procurorul renunță la judecată, iar titularul dreptului introdus în proces a cerut continuarea judecății, instanța va admite/respinge acțiunea formulată de Ministerul Public și continuată de titularul dreptului care și-a manifestat voința în acest sens[53].

În situația în care cererea de încuviințare a executării silite este formulată de procuror, creditorul are dreptul să renunțe la executarea silită începută, iar dacă procurorul intenționează să renunțe la aceasta, creditorul are dreptul să solicite continuarea executării silite[54].

III. Concluzii. Chiar dacă participarea procurorului în procesul civil, nu este atât de extinsă ca în procesul penal, prezența acestuia în cauzele în care sunt apărate valori generale, este imperios necesară, pentru asigurarea supremației legii în toate etapele desfășurării procesului civil (judecata în fond, în căile de atac și punerea în executare a titlurilor executorii).

În prezent, exercitarea de către Ministerul Public a atribuțiilor ce-i revin în procesul civil se face, desigur, într-o nouă ambianță, având ca dimensiuni definitorii și următoarele: accentuarea liberalismului procesual; reconsiderarea și redimensionarea funcțiilor Ministerului Public[55].

Bibliografie

1. Deleanu Ion, *Tratat de procedură civilă, Vol. I, Noul Cod de procedură civilă,* Editura Universul Juridic, București, 2013.

2. Leș Ioan, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, art. 1-1133*, Editura C. H. Beck, București, 2013.

3. Tăbârcă Mihaela, *Drept procesual civil, vol. I- Teoria generală*, Editura Universul Juridic, București, 2013.

4. Theohari Delia Narcisa, *Comentariu* (la art. 92-93), în „Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole" (coordonator G. Boroi), vol. I, Art. 29-93, Editura Hamangiu, București, 2013.

5. Roșu Claudia, *Drept procesual civil Partea specială conform noului Cod de procedură civilă, Ediția 5,* Editura C. H. Beck, București, 2014.

[51] D. N. Theohari, *op. cit.*, p. 271.
[52] M. Tăbârcă, *op. cit.*, p. 479.
[53] Ibidem.
[54] D. N. Theohari, *op. cit.*, p. 271.
[55] I. Deleanu, *op. cit.*, p. 591.

ASPECTS OF SUCCESION RIGHTS OF THE SURVIVING SPOUSE IN THE LIGHT OF THE NEW CIVIL CODE

Cristinel-Ioan Murzea, Prof., PhD, "Transilvania" University of Braşov

Abstract: The surviving spouse's right to inherit experienced opposite legal regulations within the civil law dynamics. Until the entry into force of the New Civil code, the inheritance rights of the surviving spouse were regulated by Law no. 319/1944 on the right of inheritance of the surviving spouse, act implicitly repealed by the regulations contained in the ancient Civil code of 1864. The new social context determined the 1944 legislator to modify the optics in matters of succession, bringing a number of changes on the surviving spouse inheritance situation, recognizing him the right of inheritance in contest with any of the classes of legal heirs.

Keywords: surviving spouse, heir, succession right, succession capacity, legacy.

Dreptul la moştenire al soţului supravieţuitor a cunoscut reglementări juridice dintre cele mai opuse, în dinamica legislaţiei civile, funcţie de modul de percepere a instituţiei succesiunii în congruenţă cu cele ale familiei sau ale drepturilor omului, privite în ansamblul factorilor de configurare ai dreptului precum cei de natură economică, politică sau social-culturală.

Astfel, până la intrarea în vigoare a Noului Cod civil (NCC) drepturile de natură succesorală ale soţului supravieţuitor erau reglementate de Legea nr.319/1944 privind dreptul de moştenire al soţului supravieţuitor, act normativ abrogat în mod implicit de reglementările cuprinse în vechiul Cod civil de la 1864(VCC), reglementări vădit inechitabile izvorâte dintr-o mentalitate rigidă ce nu crea egalitate deplină între soţi şi care în esenţă crea situaţii injuste – vezi art.679 şi 681-684. În acest sens menţionăm că în conformitate cu art.679 Cod civil „soţul supravieţuitor[1] putea primi moştenirea, dar numai după ultimul colateral de gradul al XII-lea, iar prin efectul legii asupra impozitului progresiv pe succesiunea din 1921, după ultimul colateral de gradul al IV-lea [2].

Noul context social determină ca legiuitorul din 1944 să-şi modifice optica în materia succesiunilor cu referire la cea privind drepturilor succesorale ale soţului supravieţuitor având în vedere raporturile de afecţiune reciprocă ce statuează raporturile dintre soţi, aducând în acest sens o serie de modificări privind situaţia succesorală a soţului supravieţuitor , recunoscându-i acestuia dreptul la moştenire în concurs cu oricare dintre clasele de moştenitori legali, transformându-l într-un moştenitor rezervatar, şi conferindu-i totodată şi anumite drepturi succesorale aleatorii.

[1] I.Adam , A Rusu, Drept civil. Succesiuni, Ed. All Beck, Bucureşti, 2003 p.111 şi urm.
[2] Ibidem p.111

Noul Cod civil creează soţului supravieţuitor prin art.971 calitatea de moştenitor legal el venind în concurs cu oricare dintre moştenitorii legali fapt ce implică următoarele caractere juridice:

- soţul supravieţuitor este moştenitor rezervatar;
- soţul supravieţuitor este obligat, atunci când vine cu descendenţii să raporteze la masa succesorală donaţiile primite de la soţul decedat;
- soţul supravieţuitor este moştenitor sezinar[3]

Drepturile succesorale ale soţului supravieţuitor reglementate de Codul civil în vigoare sunt următoarele:

- un drept de moştenire în concurs cu oricare dintre clasele de moştenitori legali sau în lipsa rudelor din aceste clase, dreptul de a moşteni întreaga avere a soţului decedat (art.972 C. Civil)
- un drept temporar de abitaţie asupra casei de locuit (art.973 C. Civil)
- un drept de moştenire special asupra imobilelor şi obiectelor de uz casnic (art. 974 Cod civil).

Analizând cele trei momente legislative respectiv vechiul Cod civil, Legea nr.319/1944 cât şi dispoziţiile Noului Cod civil se impune ca o constanţă, condiţia specială cerută de lege în locul rudeniei cu defunctul, şi anume aceea de a avea calitatea de soţ la data deschiderii succesiunii, pe lângă condiţiile generale respectiv capacitatea succesorală şi de a nu nedemn faţă de defunct.

Aşadar pentru a veni la moştenire în concurs cu rudele defunctului sau singur, soţul supravieţuitor trebuie să aibă calitatea de soţ, la data deschiderii succesiunii[4].

Ca atare concubinajul oricât de îndelungat ar fi fost nu conferă, în legislaţia noastră , concubinului, rămas în viaţă vocaţie succesorală legală, ci doar eventual testamentară, în calitate de legatar[5]. Însă pe cale consecinţă concubinul în situaţia în care probează că a avut o anumită contribuţie în dobândirea unor bunuri sau constituirea de depozite bancare, este îndrituit la despăgubiri potrivit dreptului comun. În doctrină s-a arătat în mod întemeiat că naşterea dreptului soţului supravieţuitor nu poate fi condiţionată de durata căsătoriei cu defunctul, sau de starea materială ori sexul soţului supravieţuitor, ori dacă din căsătorie au rezultat sau nu copii sau dacă soţii conviețuiau sau nu în fapt la data decesului[6].

Calitatea de soţ se probează prin certificatul de căsătorie care atestă că au fost îndeplinite toate condiţiile de fond şi formă cerute de lege pentru încheierea unei căsătorii valabile.

Nu are relevanţă faptul că soţii au avut în timpul căsătoriei domicilii separate căci domiciliul nu influenţează raporturile patrimoniale dintre soţi în timpul vieţii, prin urmare, la moartea unuia dintre soţi în ceea ce priveşte pe soţul supravieţuitor[7].

Constatăm aşadar, că în ceea ce priveşte enumerarea condiţiilor cerute de lege soţului supravieţuitor pentru a putea moşteni, Noul Cod civil, nu aduce modificări, enumerând în

[3] I. Popa, Drept civil, Moşteniri şi libertăţi, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013 p.139
[4] M. Eliescu, Moştenirea şi devoluţiunea ei în dreptul RSR, Ed. Academiei, Bucureşti, 1966, p.131
[5] T.S. ,S.civ. , dec 128/1984, în CD, 1984, p.38
[6] M.Eliescu, op.cit. p.131
[7] T. S., S.civ. dec. Nr.1861/1982 în RRD, nr.11/1983 p.67

ceea priveşte naşterea acestui drept, două condiţii generale şi una specială. Astfel soţul supravieţuitor trebuie:

a. să aibă capacitate succesorală, adică să fie în viaţă la data deschiderii moştenirii defunctului;

b. să nu fie nedemn faţă de defunct;

c. să aibă calitatea de soţ la data deschiderii succesiunii, adică să nu existe o hotărâre de divorţ definitivă – vezi art. 970. N.Cod civil.

Constatăm aşadar că, în ceea ce priveşte enumerarea condiţiilor cerute de lege, soţului supravieţuitor pentru a putea moşteni, prezintă relevanţă în lumina dispoziţiilor N. Cod civil, doar condiţia specială cea referitoare la calitatea de soţ la data deschiderii succesiunii.

De asemenea, nu putem vorbi de căsătorie şi implicit de calitatea de soţ, în următoarele cazuri:

a. când căsătoria este desfăcută prin divorţ[8];

b. când căsătoria încetează prin moartea unuia dintre soţi;

c. când căsătoria este declarată nulă sau anulată.

Este meritoriu faptul că Noul Cod civil statuează în mod expres, prin dispoziţiile art. 970, ca soţul supravieţuitor îl moşteneşte pe soţul decedat dacă, la data deschiderii moştenirii, nu există o hotărâre de divorţ definitivă. Aşadar, în lumina noii reglementări, nu există nicio dificultate în a determina momentul până la care subzista calitatea de soţ supravieţuitor. Atâta vreme cât nu a intervenit o hotărâre de divorţ definitivă, soţul supravieţuitor păstrează aceasta calitate şi, implicit, vocaţia la moştenirea soţului decedat.

Aşadar, dacă la data deschiderii moştenirii, procesul de divorţ era în curs sau divorţul se pronunţase, însă hotărârea judecătorească nu rămăsese definitivă, soţul supravieţuitor se poate prevala de calitatea de moştenitor al soţului defunct, în acest caz, căsătoria nu este desfăcută prin divorţ, ci încetează prin moartea unuia dintre soţi.

Precizăm însă că soţul supravieţuitor păstrează vocaţia la moştenire şi în ipoteza în care nu a fost încă eliberat un certificat de divorţ. Aşadar trebuie avută în vedere şi ipoteza în care soţii au apelat la ofiţerul de stare civilă sau la notarul public pentru desfacerea căsătoriei[9]. Drept urmare, în măsura în care soţii, prin acordul lor, au solicitat ofiţerului de stare civilă sau notarului public desfacerea căsătoriei, însă nu a fost eliberat încă certificatul de divorţ, soţul supravieţuitor îl poate moşteni pe defunct.

Constatăm astfel o inconsecvenţă a Noului Cod civil, care nu a armonizat dispoziţiile sale incidente în materia desfacerii căsătoriei, cu cele aplicabile drepturilor succesorale ale soţului supravieţuitor.

[8] Cât priveste problematica divortului, a se vedea N.C. Anitei, *Dreptul familiei,* Editura Hamangiu, Bucuresti, 2012, pp. 98-138.

[9] Potrivit dispozitiilor art. 375 NCC, „Daca sotii sunt de acord cu divortul si nu au copii minori, nascuti din casatorie, din afara casatoriei sau adoptati, ofiterul de stare civila sau notarul public de la locul casatoriei sau al ultimei locuinte comune a sotilor poate constata desfacerea casatoriei prin acordul sotilor, eliberându-le un certificat de divort, potrivit legii". Pentru detalii în acest sens, a se vedea N.e. Anitei, op, cit., pp. 102-104.

Într-o altă ordine de idei, precizăm ca soţul (de bună-credinţă) recăsătorit, al celui declarat judecătoreşti mort nu mai poate veni la moştenirea primul soţ, în ipoteza reapariţiei acestuia şi a anulării hotărârii declarative de moarte, într-un asemenea caz, prima căsătorie se consideră desfăcută pe data încheierii celei de-a doua, iar soţul celui declarat judecătoreşti mort şi reapărut îl poate moşteni numai pe cel de-al doilea soţ [art. 293 alin. (2) NCC]. Dimpotrivă, dacă soţul celui declarat judecătoreşti mort este de rea credinţă, cunoscând faptul că soţul său este în viaţă, prin recăsătorire săvârşeşte fapta de bigamie . Drept urmare, cea de-a doua căsătorie încheiată va fi nulă şi se va menţine cea dintâi [art. 273 coroborat cu art. 293 alin. (1) NCC].

Calitatea de soţ se pierde şi ca urmare a desfiinţării retroactive a căsătoriei, prin efectul constatării de către instanţa de judecată a nulităţii absolute (pentru cazurile prevăzute de art. 293-295 NCC), respectiv a pronunţării nulităţii relative (pentru cazurile prevăzute de art. 297-300 NCC), chiar dacă moartea unuia dintre soţi a intervenit mai înainte de hotărârea de declarare sau de pronunţare a nulităţii căsătoriei, în această situaţie, nu se poate pune problema unor drepturi succesorale ale soţului supravieţuitor din căsătoria declarată nulă sau anulată.

În mod excepţional însă, în temeiul dispoziţiilor art. 304 alin. (1) NCC, "Soţul de bună-credinţă la încheierea unei căsătorii nule sau anulate păstrează, până la data când hotărârea judecătorească rămâne definitivă, situaţia unui soţ dintr-o căsătorie valabilă". Suntem, într-o asemenea ipoteză, în prezenţa căsătoriei putative. Aşadar, dacă decesul unuia dintre soţi intervine mai înainte ca hotărârea de declarare sau de pronunţare a nulităţii căsătoriei să rămână definitivă, soţul supravieţuitor va putea veni la moştenirea soţului defunct numai dacă a fost de bună-credinţă la încheierea căsătoriei, necunoscând cauza de nulitate a acesteia. Soţul de bună-credinţă din căsătoria putativa păstrează calitatea de soţ până la rămânerea definitivă a hotărârii de desfiinţare a căsătoriei. Dimpotrivă, dacă decesul unuia dintre soţi a intervenit după rămânerea definitivă a hotărârii de desfiinţare a căsătoriei, soţul supravieţuitor nu va putea veni la moştenirea defunctului, indiferent că a fost sau nu de bună-credinţă, pierzând retroactiv, prin efectul nulităţii, calitatea de soţ.

Corelaţia dintre dreptul la moştenire al soţului supravieţuitor şi regimul matrimonial ales presupune următoarele aspecte potrivit dispoziţiilor art. 291 NCC, la momentul încheierii căsătoriei, soţii trebuie să aleagă regimul matrimonial ", iar ofiţerul de stare civilă trebuie să facă menţiune despre acesta pe actul de căsătorie. Viitorii soţi pot alege ca regim matrimonial[10]: comunitatea legală, separaţia de bunuri sau comunitatea convenţională [art. 312 alin. (1) NCC].

Aşadar, o corelaţie poate exista, în lumina dispoziţiilor Noului Cod civil, numai între dreptul la moştenire al soţului supravieţuitor şi comunitatea legală sau comunitatea convenţională, în ipoteza în care soţii au optat, cât priveşte relaţiile lor patrimoniale, pentru separaţia de bunuri, nu putem identifica o astfel de corelaţie.

Comunitatea legală reprezintă acel regim matrimonial identic cu cel care a guvernat anterior datei de 1 octombrie 2011 relaţiile patrimoniale ale soţilor. Bunurile dobândite de oricare dintre soţi, în timpul căsătoriei, sub imperiul acestui regim matrimonial, sunt

10

considerate bunuri comune, asupra acestora fiind exercitat de către titulari un drept de proprietate comună în devălmăşie [art. 339 NCC]. Oricare dintre soţi poate dispune prin legat de partea care i s-ar cuveni, la încetarea căsătoriei, din comunitatea de bunuri [art. 350 NCC]. Lichidarea comunităţii, în ipoteza în care aceasta încetează prin decesul unuia dintre soţi, se face între soţul supravieţuitor şi moştenitorii soţului decedat, obligaţiile soţului decedat divizându-se între moştenitori, proporţional cu cotele care le revin din moştenire [art. 355 alin. (3) NCC].

În cazul comunităţii convenţionale, se derogă prin convenţie matrimonială de la dispoziţiile privind regimul comunităţii legale (art. 366 NCC). Specificitatea comunităţii convenţionale nu are însă influenţa asupra materiei succesorale, precizările mai sus făcute cu privire la corelaţia dintre regimul comunităţii legale şi drepturile succesorale ale soţului supravieţuitor, fiind întrutotul valabile si în cazul comunităţii convenţionale.

Acest ultim regim matrimonial prezintă specificitate numai cât priveşte întinderea masei succesorale a soţului defunct. Astfel, masa succesorala a şotului defunct, în cazul comunităţii convenţionale poate fi mai vasta decât în cazul comunităţii legale, fiind circumscrisa, potrivit convenţiei soţilor, si unor bunuri proprii, dobândite de soţi înaintea sau după încheierea căsătoriei, sau poate fi mai restrâns a, fiind sustrase acesteia, de asemenea potrivit convenţiei părţilor, anumite bunuri, dobândite de soţi în timpul căsătoriei. Aşadar, regulile care guvernează transmiterea bunurilor soţului defunct către soţul supravieţuitor si către ceilalţi moştenitori ai celui dintâi sunt aceleaşi, atât în cazul comunităţii legale, cât si în cazul comunităţii convenţionale.

Drept urmare, atât în cazul comunităţii legale, cât si în cazul comunităţii convenţionale, şotul supravieţuitor are dreptul la partea sa din comunitatea de bunuri, în calitate de codevălmaş, în temeiul dispoziţiilor art. 357 alin. (2) NCC, si nu în calitate de moştenitor, potrivit regulilor de drept succesoral. Cota-parte care revine fiecărui şot se determina avându-se în vedere contribuţia acestuia la dobândirea bunurilor comune si la îndeplinirea obligaţiilor comune, prezumându-se, până la proba contrara, ca şotii au avut o contribuţie egala.

Partea defunctului din comunitatea de bunuri, împreuna cu bunurile proprii ale acestuia, formează masa succesorala, care va fi împărţita între moştenitori. Aşadar, şotul supravieţuitor va putea culege o cota şi din partea soţului din comunitatea de bunuri.

Prezintă incidenta în materia drepturilor succesorale ale şotului supravieţuitor si clauza de preciput[11], reglementata de noul Cod civil în art. 333. Astfel, prin convenţie matrimoniala, se poate stipula ca soţul supravieţuitor sa preia fără plata, înainte de partajul moştenirii, unul sau mai multe bunuri comune, deţinute în devălmăşie sau în coproprietate. Clauza de preciput nu este supusa raportului donaţiilor, ci numai reducţiunii, în condiţiile legii. Existenta acesteia nu mai prezintă utilitate, devenind caduca, în ipoteza în care şotul beneficiar decedează înaintea soţului supravieţuitor sau când soţii decedează în acelaşi timp.

Aşadar, daca soţii au stipulat o clauza de preciput, anumite bunuri din comunitatea de bunuri sau asupra cărora soţii au exercitat un drept de proprietate comuna pe cote-părţi vor fi preluate de către soţul supravieţuitor, mai înainte de partaj si fără plata, fiind sustrase astfel

[11] I. Popa, Clauza de preciput, în "Revista româna de drept privat"nr.4/2011, pp. 168-183

regulilor mai sus menţionate. Precizam ca aceste bunuri, deşi nu vor fi raportate de către soţul beneficiar supravieţuitor, vor fi supuse reducţiunii succesorale, în măsura în care este afectată rezerva succesorală.

În sinteză enumerând drepturile succesorale ale soţului supravieţuitor în temeiul Legii nr.287/2009 acesta beneficiază de următoarele drepturi succesorale:

a) un drept de moştenire, în concurs cu oricare dintre clasele de moştenitori sau, în lipsa acestora, un drept de moştenire exclusiv (art. 971);
b) un drept temporar de abitaţie asupra casei de locuit (art. 973);
c) un drept de moştenire special, asupra mobilierului si obiectelor de uz casnic care au fost afectate folosinţei comune a soţilor (art. 974).

Noutatea adusa de Legea nr. 287/2009 rezida, cât priveşte categoriile de drepturi succesorale de care beneficiază soţul supravieţuitor, în aceea că nu mai retine printre acestea dreptul special de moştenire asupra darurilor de nunta. Opţiunea noii reglementari de a renunţa la aceasta categorie de drepturi succesorale, de altfel lipsita de utilitate practica, este, în opinia noastră, justă.

BIBLIOGRAFIE:

1. Noul Cod civil, Ed.Monitorul Oficial, Bucureşti, 2011
2. I.Adam, A.Rusu, Drept civil, Succesiuni, Ed.All Beck, Bucureşti, 2003
3. N.Aniţei, Dreptul familiei, Ed.Hamangiu, Bucureşti, 2012
4. I.Popa, Drept civil – Moşteniri şi liberalităţi, Ed.Universul Juridic, Bucureşti, 2013
5. M.Eliescu, Moştenirea şi devoluţiunea ei în dreptul RSR, Ed.Academiei, Bucureşti, 1966
6. I.Popa, Clauza de preciput în Revista română de drept privat nr.4, 2011

FORAY IN ROMANIAN HISTORY OF CRIMINAL PUNISHMENT. BEATING – PENALTY IN CRIMINAL LAW

Florin I. Moldovan, Assoc. Prof., PhD, "Vasile Goldiș" University of the West, Arad

Abstract: In criminal law penalties play an extremely important because they show the essential means of achieving the purpose of the criminal law, namely to protect the basic social values of society against offenders. Punishment is one of the most controversial issues of all time. Institution of punishment has evolved from one society to another depending on the evolution of social life, so we can say that the punishment reflects the physiognomy of that era and just like crime, is directly depends on the social structure of particular national, social and cultural. Punishment is a measure of coercion as a means of rehabilitation aimed mainly prevent committing new offenses. When a person violates the rule of law protected by law, it will be subject to a penalty. The purpose of punishment is to punish the act concerned and to prevent the commission of new facts. Through the enforcement of penalties is intended training and developing a correct attitude to the values of society. One of the penalties was beating. In the following we show pros and cons of reintroducing the Romanian criminal law sanctions in the years 1921.

Keywords: punishment, criminal law, beating, judiciary, criminal.

„*Poena est malum passionis quod infligitur propter malum actionis*"
(Pedeapsa este răul suferinței ce intervine pentru răul faptei)
Hugo Grotius

Termenul de *pedeapsă* prezintă interes cu privire la înțeles, mai ales în funcție de momentul istoric unde îl folosim. De exemplu, la romani nu a existat termenul de pedeapsă, acestă apărând mai târziu în limbajul juridic prin cuvântul *poena*. Din punct de vedere etimologic, cuvântul pedeapsă derivă din termenul sanscrit *koena* care înseamnă verificare sau socotire. Se credea că termenul derivă din latinescu *pendere,* pedeapsa fiind văzută, mai ales în timpurile primitive, ca un schimb de valori, dar și cu termenul *poenitentia* care în traducere înseamnă *căință* sau *pocăință*.

Nici în dreptul românesc nu era folosit termenul de pedeapsă, acesta fiind introdus pentru prima dată de fanarioți. Cuvântul utilizat la acea vreme era de origine greacă și era derivat din verbul a învăța (*mathete*). Deoarece grecii nu concepeau învățătura fără pedepse, s-a ales pentru pedeapsă cuvântul care însemna învățătură(*didascarias*).

În timpurile moderne încercarea de a da o definiție termenului de pedeapsă s-a lovit de multitudinea sensurilor pe care la îmbracă noțiunea : măsură de represiune, măsură de reeducare, sancțiune aplicată celui care a săvârșit o greșeală, condamnare, osândă, necaz, nenorocire, etc. Pedeapsa a fost definită și ca fiind „…*răul pe care îl impune statul celui care*

a înfrânt prescripția sa…" definiție combătută, deoarece nu orice încălcare a legii atrage o pedeapsă. V. Dongoroz arăta că pedeapsa trebuie definită ca entitate juridică, astfel : „ … *pedeapsa este consecința penală pe care legea o atribuie infracțiunii* ". Același autor mai spune „ *Pedeapsa poate primi numeroase definiții dacă este privită ca entitate concretă, dar nu și dacă este privită ca entitate juridică. Nu trebuie confundată pedeapsa concretă cu o constrângere pe care o suferă condamnatul și care reprezintă conținutul pedepsei și nu pedeapsa însăși*".

Creșterea nivelului infracțional presupune luarea unor măsuri care să-l stopeze. Știința dreptului prin normele sale, este chemată să asigure ordinea socială și progresul social tuturor oamenilor și să evite provocarea de suferință. În toate etapele evoluției sociale s-a considerat că omul nu va reuși să priceapă, să conștientizeze la modul real pericolul social, efectele dăunătoare ale infracțiunii comise, dacă nu va resimți personal efectele pedepsei aplicate.De-a lungul timpului pedepsele au avut acest rol, de a constrânge și a reeduca pe cel care a săvârșit o faptă reprobabilă, o infracțiune. Aplicarea pedepsei a reprezentat și reprezintă o modalitate pe care legea o consideră necesară stopării fenomenului infracțional, reeducării și reformării sociale a persoanei căreia i se aplică, adică celui condamnat. Pedeapsa este obligatorie în cazul încălcării legii. Alături de alte mijloace și măsuri urmărește obligativitatea reeducării condamnatului și a educării celor care intenționează să comită astfel de fapte, astfel încât să se mențină autoritatea asupra legii.

Din perioada antică până în prezent există mărturii scrise și dovezi despre sistemul juridic și aplicarea pedepselor. Primele măsuri relativ primitive de a pedepsi pe cei care au greșit, aplicate de către ceilalți membri ai societății, consta în alungarea din comunitate, lovirea cu pietre. Toate acestea însă nu erau aplicate ca urmare a unor reguli ale societății, ale comunității respective. Când pedeapsa a devenit un obicei, ea s-a transformat în regulă de drept, devenind aplicabilă obligatoriu.

În epoca statală pedeapsa a avut un rol intimidant, remarcându-se prin duritate și cruzime, și fiind un mijloc de menținere a disciplinei și de apărare a autorității puterii respectivei vremi. Cele mai multe dintre pedepse erau cele corporale, respectiv bătaia cu biciul, cu vergele sau nuiele, în public, mutilările, respectiv tăierea limbii, a urechilor, a degetelor, a picioarelor și brațelor, scoaterea ochilor, jupuirea pielii, pedeapsa cu moartea prin spânzurare, decapitare, tragere pe roată, ardere pe rug, tragerea în țeapă, toate menținând prin cruzimea lor o stare de teamă continuă față de instituțiile statului și față de lege.

Până în secolul XVI au existat „*gropnițele*„ și „*salinele*„ sau „*ocnele*„ ca locuri ale executării pedepselor privative de libertate. Cei închiși aici aveau slabe șanse de supraviețuire fiind supuși unor suferințe fizice extraordinare. Exista o diferențiere a pedepselor după starea socială. În timp ce cei săraci mergeau la ocnă, boierii condamnați mergeau la mănăstire.

În sec. XVII – XVIII sistemul judiciar a cunoscut o îmbunătățire, iar pedepsele au fost gradate în funcție de faptele săvârșite.

Bătaia a existat ca pedeapsă în aproape toate legiuirile timpurilor. La noi în țară a existat în Pravilele lui Matei Basarab și Vasile Lupu, Codurile penale Bibescu, Știrbei, Sturza. O regăsim în anul 1804 când a fost înlocuită globirea cu bătaia, fiind introdusă de

Al.Ipsilanti. A existat până târziu în Codul Marinei (bastonada) pentru unele infracțiuni săvârșite de marinari la bordul navelor. A fost desființată în 1864.

În anul 1921 s-au făcut demersuri pentru reintroducerea bătăii ca pedeapsă în legislația penală românească. Fiind considerată o reformă necesară datorită creșterii criminalității și a scăderii nivelului moral în toate straturile sociale, propunerea a dat naștere unor aprigi dispute în lumea judiciară a vremii.

Părerile au fost împărțite. Împotriva acestei pedepse a fost Ioan Ionescu-Dolj, membru corespondent al Academiei Române, care și-a exprimat părerea negativă într-o interesantă comunicare prezentată în cadrul Cercului de Studii Penale.

În favoarea pedepsei s-au pronunțat Vespasian Erbiceanu- membru corespondent al Academiei Române, autorul unui articol în acest sens, publicat în „Curierul judiciar„ nr.2/1922 și „ Revista Penală„ nr.1/1922. S-au mai pronunțat în favoarea acestei pedepse Al.D.Oprescu, Matei Balș, V. Mavrodineanu, T. Scriban – toți magistrați, D.I. Stoenescu și alții, personalități din sistemul juridic al vremii.

Problema în sine a suscitat interesul multor specialiști, unul dintre aceștia fiind Ion Tanoviceanu (1858-1917), academician, profesor de drept al epocii moderne, întemeietorul criminologiei românești. În cursul de drept penal din 1912, tom.II, ne evidențiază argumentele care vin în favoarea introducerii în legislația penală românească a acestui fel de pedeapsă :

„ ...Ne întrebam însă dacă azi, cu starea moravurilor actuale, în care lipsa de instrucțiune și de educațiune există în o mulțime de brute sanguinare, ce nu se sfiesc a ataca pe cei mai slabi decât ei, a-i bate, a-i tortura si a-i ucide, ne întrebăm dacă în contra acestor animale sălbatice, societatea e destul de ocrotită cu slabul său arsenal de pedepse ? Ne mai întrebăm dacă penitențiarele noastre au darul de a înspăimânta pe acești indivizi, și dacă societatea trebue să lovească cu același gen de pedeapsă pe un om care atacă proprietatea și pe altul care atacă sau chiar omoară pe un om? Închisoarea chiar cu modificarea de regim, pentru hoți, pentru torturator sau ucigaș nu este oare o nedreptate? Legea încearcă, ce e drept, să gradeze închisoarea prin timp și prin asprimea regimului, însă în orice caz deosebirea e prea mare între unul și altul; putem zice că abia există oarecare asemănare. Unul e un nenorocit al soartei, ori un leneș care voiește să-și procure oarecare îndestulare prin luarea lucrului altuia; celălalt este o fiară care voiește să-și stingă setea răutății în sângele semenului său. Hoțul și toți atacatorii proprietății, afară de cei care fură fiind impinși de mizerie, sunt numai niste egoiști, atentatorii persoanei sunt niște bestii de cruditate ori de vrădjmășie, care ne reamintesc copilăria omenirei.”

„ Astăzi după mai multă citire și gândire opiniunea noastra s'a format și o credem fermă. Noi nu mai avem nici o indoială actualmente că, trebue să se diferențieze radical pedepsele contra atacurilor persoanei și acelor a proprietății; fără să fim un adversar al proprietății, suntem însă departe de a avea acela respect pentru avere ca pentru persoana omului, și să-i admitem în consecință aceiași ocrotire, Când o bună parte a proprietății are în trecut origina violentă, iar în present înșelăciunea, ea poate fi îngăduită și cel mult ocrotită în interesul progresului civilizațiunei, a pretinde însă aceiași ocrotire ca pentru persoana omului, ni se pare o absurditate.

Niciodată nu vom crede că e rațională dispozitiunea articolului 264 C. p., care pedepsește violul, chiar al unei fecioare sărace, cu 5 ani de inchisoare corectională, sau art. 240 C. p., care dă o pedeapsa și mai mică (2-5 ani), loviturilor cari au produs o incapacitate pe viață de a lucra, de a vorbi, de a vedea, de a auzi, de a procrea, ori din cauza cărora victima a înebunit ori fiind femee însărcinată a avortat, pe când tot în Codicele nostru penal, bancruta frauduloasă, falsul se pedepsesc cu maximul închisorii corecționale, iar furtul comis de doi sau mai mulți complici asociați pentru săvârșirea de tâlhării sau furturi se pedepseste cu recluziunea. Trebuește oare a reintroduce pedepsele corporale cel putin pentru infractiunile contra persoanelor ?

Pedeapsa bătăii a avut o soartă foarte curioasă. Poporul, cel putin al nostru, o susține, pretinzând că e ruptă din rai. În trecut toată lumea era favorabilă acestei pedepse, în secolul al XIX-lea din contră, aproape toată lumea ajunsese să condamne această pedeapsă, și trebuind un adevărat curaj ca cineva să o susțină. Astăzi cestiunea bătăii e discutată în știința penală și dacă majoritatea oamenilor culți este ostilă acestei pedepse, există însă incontestabil un puternic current favorabil pedepselor corporale. E usor de înțeles cauza acestor schimbări de părere.

La început, când arsenalul pedepselor se marginea aproape exclusiv în bătae și pedeapsa cu moarte, se înțelege că lumea nu putea să fie protivnică acestor doua pedepse, care singure țineau în frâu pe rău făcători, mai ales că pe atunci instrucțiunea și educațiunea erau foarte înapoiate.

Mai târziu s'a născut, sau mai bine zis s'a desvoltat instituțiunea închisorilor, introducându-se oarecare îmbunatățiri în organizațiunea lor, și s'a crezut că ea poate înlocui cu folos pentru umanitate, pedepsele corporale. S'a mai întâmplat ca, în acelaș timp cu îmbunătațirea relativă a închisorilor, să triumfe în omenire si libertatea individuală, așa încât lumea a crezut că privațiunea libertății este o suferintă destul de mare pentru a putea înfrânge pe infractori. De aci ideea de a inlocui pedeapsa cu moarte prin privațiunea perpetuă a libertății, și bătaia prin închisoarea pe timp mărginit, idee care a triumfat aproape în toate legislațiunile tărilor civilizate.

Astăzi însă, în fața falimentului pedepselor privative de libertate, (....), lumea începe să regrete vechea arma a bătăii, care chiar sălbatică de ar fi, are meritul de apăra pe civilizați, prin spaima ce bagă în sufletul sălbaticilor. (....)

La noi pedeapsa bătaii n'a existat numai în vechea legislațiune, dar și în Cod. pen. din secolul al XIX-lea; Cod. pen. Sturza prevede în art. 183 si 253 certarea trupească, art.253 Cod. pen. Sturza, (pentru înșlăciune) cel ce va jura strâmb să se bată la trei locuri pe uliță și să se globească la cutia milelor, iar daca va fi un evghenist se va spăși cu închiderea la menăstire pe 6 luni, § 253, § 9 (pentru mutarea pietrelor de hotar)", de va fi din cei proști se va bate la fața locului, iar de va fi din cei mai de ispravă să se globească la cutia milelor. Art. 7 si 8 Cod. pen. Știrbei,bătaia dela 50-150 nuele și dela 25-50 nuele. În Moldova bătaia s'a aplicat până în ajunul introducerii actualului Codice penal. In 13 Nov. 1863, se vede o adresă din partea Pres. Curții criminale din Iași, ca să se dea 25 de lovituri de bici lui Iordache Harju, care furase o iapă din targul dela Frumoasa. Această pedeapsă s'a executat.

În Moldova şi Muntenia pedeapsa obişnuită e bătaia (bățul, frusta), cea mai grea e a avea o ureche tăiată şi a munci pe viată.

Trebue să spunem însă că, înca din 1848, s'a cerut în Romania desfiinţarea bătăii; ea este prevazută în art. 18 al proclamaţiunei din 15 Iunie 1848."

În legislația popoarelor, dar și la noi, bătaia este considerată ca infracțiune de sine stătătoare, dar și ca o scuză care minimalizează culpa în cazul infracțiunilor grave ca omorul și vătămările grave, dacă acestea au fost cauzate prin lovire sau violențe. În aceste condiții cum se putea aprecia că bătaia putea să folosească ca mijloc de corecție și reeducare? Cu toate acestea s-a considerat că pedeapsa bătăii ar fi de natură a asigura pacea și armonia socială, potrivit cu starea tradițională a poporului român.

Academicianul I. Tanoviceanu deși, după cum am arătat mai sus, recunoaște foloasele ce le poate aduce acest gen de pedeapsă, evită să se pronunțe cu privire la adoptarea ei în legea penală românească, spunând că : „*…în starea de astăzi a spiritelor din România (1912) pedepsele corporale nu trebuie introduse*…".

Un argument invocat contra pedepsei a fost că ar fi degradantă și umilitoare. Cei care susțineau pedeapsa se întrebau dacă nu este mai nedemn și degradant faptul că infractorul pândește victima și uzează de cele mai josnice și brutale mijloace în atingerea țelului său. Altfel spus, pedepsele pot fi demne și nedemne? Orice pedeapsă aplicată în raport cu gravitatea infracțiunii comise prezintă un caracter mai mult sau mai puțin degradant, dar acesta este însăși scopul pedepsei, de a produce infractorului o stare prin care acesta să conștientizeze pericolul creat de el prin acea infracțiune și să-l corecteze pe viitor. Se considera că pedeapsa bătăii nu poate fi degradantă, raportată la starea de decădere morală a infractorului, ea constituind o măsură de utilitate și conservare socială pe care societatea prin organele ei represive a fost nevoită să le ia atât în vederea corectării infractorului, cât și pentru satisfacerea sentimentului public ofensat.

Bătaia ca pedeapsă urmărea dublul scop, acela de al corija pe infractor și de al abate de la pornirile lui agresive. Ea are meritul de a fi intimidantă, calitate care lipsește celorlalte pedepse.

Argumentele în favoarea introducerii bătăii ca pedeapsă în legislația penală continuă : Corneliu Botez – consilier la Înalta Curte de Casație - spune că sunt infractori deosebit de periculoși și violenți care nu suportă bătaia și că știind din timp la ce pedeapsă se expun, nu vor mai săvârși fapta, exemplificând cazul Angliei, unde rata criminalității a scăzut foarte mult după reintroducerea acestui tip de pedeapsă. Se mai face referire la regimul penitenciar, unde prin contactul dintre deținuți, penitenciarul constituie o adevărată „*școală a crimei*". În aceste condiții este preferabil în multe cazuri administrarea unei corecții fizice în locul celei privative de libertate. „ *… aceste măsuri constând în corecţiunea fizică sunt cu atât mai bine venite împotriva infractorilor ocazionali cari din cauza mediului unde viețuiesc devin așa de ușor criminali prin obișnuință. Tocmai pentru că pedeapsa bătăii are în ea ceva dezonorant, în adâncul sufletului multora, unde n`a pătruns complcct dezonoarea, se va produce o reacțiune binefăcătoare, dintr`un scrupul al mândriei de sine jignite sau expuse a suferi o atingere care ar jigni-o…".* De asemenea se mai face referire la faptul că închisorile nu mai corespund scopului lor, fiind deja neîncăpătoare. Statul nu mai poate hrăni atâția deținuți

prezenți, unii dintre ei fără nădejde de îndreptare ,, *…între zidurile devenite inutile ale puşcăriilor*…".

Lombroso în ,,Sull` Incremento del delitto in Italia,, p. 129 spunea că : ,,…*pedepsele trupeşti pot salva pe mulți tineri de conrupțiunea morală, mult mai rea decât o scurtă durere fizică*…" iar Alexandre Lacassagne în ,,Peine de mort et criminalite,, 1908, p.134 şi 145 ,,…*e mai sigur şi eficare şi chiar mai igienic de a aplica lovituri de biciu, decât luni sau ani de închisoare*…".

Concluzia la vremea respectivă a fost că pedeapsa s-a desființat şi a fost retrasă din Codul Penal roman la 1864 de către clasa dominantă, de către putere, de teama că în urma proclamării egalității în fața legii, să nu fie aplicată chiar membrilor acelei clase dominante, care ,,… *fără îndoială că de multe ori o merită mai mult decât poporul …!*". Motivarea reintroducerii ca pedeapsă în 1921, era argumentată prin criminalitatea vremii care a luat noi forme şi aspecte constituind o adâncă şi permanentă primejdie socială. Înmulțirea felurilor de fedepse se impunea în raport cu aceasta. Pedeapsa putea fi legiferată atât ca pedeapsă principală sau accesorie cât şi ca pedeapsă disciplinară, creată pentru anumite infracțiuni, fiind specificate în special infracțiunile contra persoanei, infracțiuni comise cu violență, şi cele cu intenție directă, urmând a se aplica indiferent de clasa socială a delicventului. Justificarea aplicării pedepsei bătăii era că aceasta ca pedeapsă, la rândul ei, va împuțina numărul infractorilor de frica bătăii însăşi.

Epilog : Au trecut 150 de ani de la scoaterea pedepsei cu bătaia din legislația penală românească. În acest timp au apărut noi legi, deoarece au apărut şi noi infracțiuni. Progresul continuu al vieții, generat de progresul științei a dus la o adevărată transformare a vieții sociale. Cu toate acestea, valorile fundamentale au rămas aceleaşi. Infracțiunile privind viața şi patrimoniul, chiar dacă au îmbrăcat noi forme privind modul de comitere, au rămas la fel, în unele cazuri fiind mult mai complexe. Drepturile persoanelor sunt reglementate prin legi şi respectarea lor este urmărită la nivel național şi internațional. Avem însă şi obligații. De a face şi de a nu face. Nerespectarea obligațiilor dar şi a drepturilor duce la pedeapsă. În penal avem două categorii de persoane: infractor şi parte vătămată. Fiecare are drepturi şi obligații. În cazul comiterii unei infracțiuni legea se aplică urmărind respectarea drepturilor şi obligațiilor ambelor categorii de persoane. Însă pedeapsa de cele mai multe ori nu este proporțională cu gravitatea şi urmările faptei. Ne cunoaştem foarte bine drepturile, însă uităm repede obligațiile. Articolul 3 al Convenției Curții Europene pentru Drepturile Omului consacră una dintre cele mai fundamentale valori ale unei societăți democratice. ,, *Nimeni nu poate fi supus torturii, nici pedepselor sau tratamentelor inumane ori degradante*". Art.1 al Convenției ONU pentru Prevenirea Torturii (26.06.1987) spune : ,, *Termenul tortură semnifică orice act prin care se cauzează unei persoane în mod intenționat suferințe sau dureri grave, fie fizice fie psihice, în scopul obținerii de la ea sau de la o terță persoană a unei anumite informații sau mărturii; pedepsirea ei pentru o acțiune*(…)". Din această definiție se pot extrage trei elemente care pot constitui tortura : cauzarea unor suferințe sau dureri fizice, cauzarea intenționată a durerii şi urmărirea unui scop anume – obținerea unei informații, pedepsire. Ne gândim însă şi la victime, care în cazul infracțiunilor comise cu violență sunt supuse la tratamente inumane, degradante, umilitoare, suferințe fizice şi psihice, care de cele mai multe

ori lasă urme pe viață. Vedem apoi autorul unei astfel de fapte că primește o pedeapsă, care, în primul rând este umilitoare pentru victimă nu pentru el, apoi cum statul prin diferite organisme are grijă să i se respecte toate drepturile, să-i asigure, gratuit, toate condițiile, în timp ce partea vătămată se lovește de birocrația de netrecut a sistemului, lipsa asistenței medicale, a medicamentelor, plata contravalorii serviciilor și multe, multe altele. Nu degeaba se spune că justiția este oarbă. Hoțul cu un păcat și păgubașul cu o sută.

Acest epilog nu este scris pentru a-mi arăta acordul cu privire la astfel de pedepse ci pentru a arăta simplitatea și logica unui sistem care a existat și a funcționat, având si rezultate pe măsură. Ca teoretician spun că practic este imposibil să reînvii astfel de prevederi legale. Ca practician însă, cunoscând foarte bine sistemul juridic românesc, cazuistica și practica judiciară, creșterea alarmantă a criminalității, destrămarea continuă a valorilor sociale, nu pot să nu-mi închipui și să spun : dar dacă…?

BIBLIOGRAFIE :

- C. Beccaria, *Despre infracțiuni și pedepse*, Ed. Humanitas, București, 2007;
- Codul lui Hammurabi, ediția a II-a revizuită, Colcția Miriade, 2009;
- Codul General al României, Partea I-a, Codurile – Legiuiri vechi – C.Hamangiu, București 1907;
- Convenția Curții Europene pentru Drepturile Omului;
- Convenția ONU pentru prevenirea torturii – 26 iunie 1987;
- L. Coraș, *Sancțiuni alternative la pedeapsa închisorii*, Ed. C.H.Beck, București, 2008;
- Cret Daniela, *Considerații privind ocrotirea persoanei fizice majore în panoplia legislației românești,* Societate și Politică, Vol. III-2/2009;
- Ioan Tanoviceanu, *Curs de Drept Penal*, Atelierele grafice Socec, București, 1912;
- Ioana Vasiu, *Istoria vechiului drept românesc*, Editura Albastră, Cluj Napoca, 2009;
- Moldovan I. Florin, *Istoria Statului și Dreptului Românesc*, Editura Cordial Lex, Cluj Napoca 2012;
- Revista penitenciară, Anul IX, No. 7, iulie 1922, București;
- Vespasian Erbiceanu – *Curierul Judiciar*, Nr.2/1922;
- Vespasian Erbiceanu – *Revista Penală*, Nr.1/1922;
- Vladimir Hanga, Ioan Trifa, Florin I.Moldovan, *Drept privat roman*, Ed. Cordial Lex, Cluj Napoca, 2010.

CONSIDERATIONS ON THE LAW NO. 43/2014 ON THE PROTECTION OF ANIMALS USED FOR SCIENTIFIC PURPOSES

Livia Mocanu, Assoc. Prof., PhD, "Valahia" University of Târgoviște

Abstract: In order to protect the animals used for scientific experiments and to allow for the progress of research, the European Union adopts measures pursuing to limit experiments on animals and to impose minimal requirements on sheltering and taking care of trusted animals. Thus, Directive No. 2010/63/EU of the European Parliament and Council on the protection of animals used for scientific purposes has been adopted. Romania has transposed it into Law No. 43/2014 on the protection of animals used for scientific purposes, so as to harmonize its legislation in the field with the European Union law. We are talking about a recent normative act, the provisions of which will be analysed in the current study, by making references also to the regulations existing in another European Union states.

Keywords: environment, fauna, animals used for scientific purposes, project authorization, procedure.

1. Introduction

Every year around 12 million animals are used for scientific purposes[1]. This alarming situation has caught the attention of specialists and public opinion, currently more interested in the ethic arguments regarding the relation with animals. At present, it is not forbidden to use animals for testing the safety of food or for bio-medical research, but, in order to protect experimental animals and to allow for the progress of research, the European Union has adopted measures aiming to limit experiments carried out on animals and to increase the minimum standards of their protection. In this context it has also taken place the revision of Directive No. 86/609/EC on the protection of laboratory animals, a difficult process, triggered by the 2002 Decision of the European Parliament and ending with the adoption of Directive 2010/63/EU on the protection of animals used for scientific purposes[2]. The member states had two years for transposing the Directive which fully entered in force on January 1st 2013. Consequently, our attention has been directed towards capturing the novelty element of the regulation elaborated within the European Union, but also the most relevant provisions of the law on transposing the directive into internal law.

2. Considerations on Directive No. 2010/63/EC of the European Parliament and Council on the protection of animals used for scientific purposes

The performance of experiments on animals is an activity strictly controlled by the member states of the European Union and this control has been strengthened together with the entry in force of the Directive 2010/63/EU on the protection of animals used for scientific

[1] *** The fifth report on the statistics of the number of animals used for experimental purposes and other purposes within the EU member states {SEC (2007)1455}.
[2] Published in the Official Journal of the European Union (JOUE) series L, No. 276 from 20th October 2010.

purposes. The new directive continues to promote the responsible use of animals within research, on the benefit of the medical and scientific progress, by preserving the best conditions for the animal welfare. While its ultimate purpose is that of replacing the use of animals within scientific experiments, the directive acknowledges that animals, including non-human primates, are still necessary for scientific purposes. Yet, it is very important that the text states the fact that animals have an intrinsic value, which has to be respected. More expanded and detailed than the former regulation, the new directive has the following declared objectives:

- harmonizing the legislation on the research carried out on animals within European Union;

- bolstering the protection of animals used within scientific procedures, in accordance with the EC Roma Treaty and the 1997 Protocol on the animal protection and welfare[3];

- active promotion and full enforcement of the 3R principles (replace, reduce, refine)[4].

For this purpose, Directive 2010/63/EU specifies more explicitly what is allowed and what it is not, through provisions defining the way and what animals can be used for scientific purposes, with accent on savage animals, non-human primates, cats and dogs. At the same time, it details the allowed objective, based on the 3R enforcement, by acknowledging the contribution of the European Commission and the member states to their development, validation and dissemination. In fact, the directive is clearly based on the 3R principle, in order to replace, reduce and refine the use of animals for scientific purposes, including in the basic research, high education and professional training. Moreover, the Directive defines the facilities for the reproduction and development of experimental animals, by presenting all the requirements of staff, equipment, accommodation and groups for the animal protection, monitoring and welfare ("animal welfare organisations"). At the same time, the text of the directive describes the requirements for the training, education and competences of the staff involved, establishing a system of monitoring by an organisation granting state licenses. For this purpose, the projects involving research done on animals must be evaluated and approved by the competent authority, by means of the system for granting state licenses. At the same time, the directive acknowledges the need for the public to receive objective information regarding the use of living animals and it refers for that matter to measures for improving transparency, such as the publication on non-technical summaries of projects and retrospective evaluation. The text of the directive promotes the development, validation and enforcement of alternative methods, by means of measures such as setting up a European Union reference laboratory for validating alternative methods, upheld by the laboratories within member states, demanding the latter to promote such methods at a national level. Other important domains are also targeted by the text of the Directive, such as the inspections and environment conditions where animals are kept.

[3] The Amsterdam Treaty from 1997 also comprises new rules of the EU on animal welfare.

[4] The principles of "replace, reduce and refine", most frequently known as the "3R Rule" or "3R" are important elements of the ethical approach of the studies carried out on animals. For more details, see Mihai Decun, Alina Bodnariu, *Experimentarea pe animale în România, analizată din perspectivă europeană,* in Revista Română de Bioetică, Volume 7, No. 3, July-September 2009, pp. 19-20.

The new Directive also comprises new provisions, even stricter, regarding the use of animals for bio-medical research, for the purpose of improving the latter's protection. Thus, it provides for some measures meant to consolidate the evaluation of the necessity to use animals for each case taken separately.

Directive 2010/63/EU introduces minimal standards overcoming many of the standards already existing within member states but the latter can preserve their national standards if these insure better conditions for the animal welfare.

For the research community the new directive appears too as an instrument leading to standards of animal welfare in Europe, insuring the harmonization of national standards, improving the quality in science, reducing excessive bureaucracy and contributing to the increase of public confidence in the regulation of research done on animals.

In fact, the aim of the directive is that of creating fair competition conditions in Europe and to reduce the administrative burden if no contribution is made for the animal protection.

Without representing a flawless regulation, the Directive 2010/63/EU expresses the interest of the European Union in protection the welfare of animals used for scientific purposes, an objective stated in its considerations and acknowledged at article 13 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFUE).

3. The legal regime instituted by Law No. 43/2014 on the protection of animals used for scientific purposes

3.1. Object and scope

The Directive 2010/63/UE has been transposed in the Romanian law by means of Law No. 43/2014 on the protection of animals used for scientific purposes[5]. In agreement with the European directive, the Romanian law institutes measures for the protection of animals used for scientific purposes or for other experimental purposes and, for that matter, it provides for norms regulating the following:

- replacement and reduction of animal use for various procedures, as well as improving the methods for growing, sheltering, taking care and using animals for scientific or educational procedures;
- the origin, reproduction, marking, cure, sheltering and killing of animals;
- the activities of animal breeders, providers and users;
- the evaluation and authorization of projects involving the use of animals for procedures defined by the lawmaker as any form of use, invasive or not, of an animal, for experimental or scientific purposes, with known or unknown results or for educational purposes, which can cause to the animal in question a certain level of pain, sufferance, stress or lengthy damage, equivalent or even stronger than those generated by introducing a needle for good veterinarian practices; it is included any action which pursues or could result into an animal being born or hatching or which aims to create and maintain a line of animals genetically modified in any of these conditions, but is excluded killing animals for the exclusive purpose of using their organs or tissues [article 2 letter a)].

[5] Published in the Official Gazette No. 326 from 6th May 2014. When Law No. 43/2014 entered in force, it was abrogated the G.O. No. 37/2002 on the protection of animals used for scientific purposes or other experimental purposes, published in the Official Gazette No. 95 from February 2nd 2002.

In the general provisions, the Romanian law establishes in details the categories of animals concerned and the procedures, as well as the activities which are not under the incidence of the normative act. Regarding the procedures, just like the directive, the Romanian law refers to a broader area comprising procedures performed for the purposes of basic research, transferrable or applied research, procedures concerning the protection of natural environment on behalf of health or animal and people welfare, research on behalf of the species protection, high education or professional training and medico-legal investigations.

3.2. The 3R principle

Just like the directive, the Romanian law asserts too the 3R principle, pursuing to facilitate and to promote the progress of alternative methods. For this matter, its provisions impose the condition of authorising the use of animals for scientific purposes, if there is no satisfactory alternative method, in accordance with the norm on the replacement, reduction or refinement of the procedures carried out on animals. All the projects involving experiments on animals are evaluated by the competent authorities and no project can start before receiving a favourable evaluation from them. This evaluation must prove that the use of animals is justified and that the expected benefits overcome the eventual damage caused to animals. The same principle demands for the reduction at minimum of the number of animals used inside a project, but without compromising the objective of that project. Moreover, the living conditions and the methods used within procedures must avoid, as much as possible, to cause pain, sufferance or stress to animals.

3.3. The use of certain animals within scientific procedures

In a special chapter the law makes reference to the use of certain animals for scientific procedures, being concerned the animals on the verge of extinction, non-human primates, animals captured from the wild, animals grown for being used within scientific procedures, lost animals and half-savage animals belonging to domestic species. As a rule, the law clearly forbids the use of animals captured from the wild, lost animals and half-savage animals belonging to domestic species, within scientific procedures. As an exception, the competent authority can grant derogations on the basis of a scientific justification, according to which the purpose of a procedure cannot be achieved with the use of an animal bred for scientific procedures. At the same time, the law also forbids the use of non-human primates for scientific procedures, except for the case in which the procedures meet altogether the following conditions:

- the aim of the procedure is the transferrable or applied research for the development, production and testing of the capacity, efficacy and safety of medicines, food products, animal food or other substances and products; the aim of the procedure is to prevent, diagnose or treat diseases, precarious health states or other anomalies, as well as their effects on humans, animals or plants and it is performed with the purpose of avoiding, preventing, diagnosing and treating some affections potentially deadly or causing invalidity, appearing in humans or animals.

- there is a scientific justification, according to which the aim of the procedure cannot be reached by the use of other species than non-human primates.

At the same time, the animals belonging to the species on the verge of extinction listed in Annex A of the EC Regulation No. 338/97 of the Council from 9th December 1996 on the protection of the fauna and flora species through the control of their commerce, which does not enter under the incidence of article 7 paragraph (1) of the regulation, are used only for procedures complying with the requirements clearly provided for by law.

3.4. Procedures

According to article 11 of law, procedures are usually carried out only at the headquarters of the user, the latter being any physical or legal person who uses animals for procedures, with lucrative or not lucrative purposes. Any derogation is allowed on the basis of a scientific justification. Are concerned here only the procedures taking place inside a project, as the latter is defined by law[6]. Moreover, according to article 12 paragraph (1) of Law No. 43/2014, a procedure is allowed to take place only if within the European Union there is no other acknowledged testing method or strategy for obtaining the result desired and which does not involve the use of living animals. When procedures are chosen, there must be selected those with the highest probability of offering satisfactory results and meeting most of the following requirements:

- they use a minimum number of animals;
- they involve animals with the lowest capacity of feeling pain, sufferance, stress or undergoing lengthy damages;
- they provoke the lowest level of pain, sufferance, stress or lengthy damages.

With the exceptions provided for by law, are forbidden those procedures involving severe pain, sufferance or stress, which can last for a long time and which cannot be relieved.

The law also provides for the conditions in which it is possible to reuse animals for procedures, to set them free or to relocate them.

3.5. Authorisation

The legal text dedicates a generous space to the use of animals for scientific purposes, if no alternative method is identified.

The category of legal norms includes:

- sanitary-veterinary authorization of animal breeders, providers and users;
- projects authorization.

A. The activity of breeders, providers and users of animals used for scientific purposes is carried out only on the basis of the sanitary-veterinary authorization issued by the competent authority. The sanitary-veterinary authorization is granted for 5 years, with the possibility to be renewed. According to law, if the requirements provided for by the authorization are not observed, them it can be suspended or withdrew by the competent authority, case in which the welfare of sheltered animals must not be adversely affected (article 20).

Just like the directive, the Romanian law provides for the units belonging to animal breeders, providers or users several requirements regarding their installations and equipment,

[6] According to law, the term project signifies a working program with defined scientific objectives, which presupposes the use of one or several procedures [article 2 letter b)].

the competence of the staff who needs the have the necessary education and preparation, as well as for some specific requirements regarding their staff.

For the enforcement of the directive provisions, the law establishes for each breeder, provider or user of animals used for scientific purposes or other experimental ones that he has to create a structure responsible for the animal welfare. This structure has attributions such as counselling the staff taking care of the animals, evaluating internal operational and identification processes, in accordance with the results of the projects and of the elements contributing even more to the replacement, reduction and refining of the methods for breeding, sheltering, taking care and using animals within procedures.

Moreover, all animal breeders, providers and users are bound to keep animal records, with a minimum content established by law, but also records with information on dogs, cats and non-human primates. According to article 30 paragraph (2), each dog, cat and non-human primate must have an individual file, which accompanies it, as long as it is grown in the conditions provided for by law.

Law also regulates the care and sheltering of animals, establishing the principle that all animals must benefit from shelter, environment, food, water and adequate care for their health and welfare. At the same time, a particular attention is paid to the controls performed by the competent authority periodically, at all animal breeders, providers and users, including their units.

B. According to law, the projects involving the use of animals for scientific procedures are implemented only with a previous authorization from the competent authority and only after it has been received from the latter a positive evaluation. The authorisation is done on the demand of the animal user or of the person in charge with the project. After filing the authorization application in the form provided for by law, the evaluation of the project takes place. This is an ethical evaluation, on the occasion of which the competent authority checks if the projects meet the following criteria:

- the project is justified from the scientific or educational perspective, or demanded, according to law;
- the objectives of the project justify the use of animals;
- the project is conceived in such way that it allows for performing the procedures in a manner as human as possible and respecting the environment;

When evaluating the projects involving the use of animals for procedures, law imposes the following objectives:

- evaluating the objectives of the project, of its potential benefits or educational value;
- evaluating the project conformity with the requirements on the replacement, reduction and improvement of the use of animals used in procedures;
- evaluating the classification of the severity of procedures and the assignment of the corresponding classification;
- analysing the prejudice-benefice of the project, in order to evaluate if the harm caused to animals is justified by the expected result, taking into account ethical arguments and if that project could be after all in the benefit of people, animals or environment;
- analysing any justification triggering derogations;

- specifying the circumstances and the moment when the project should be retroactively evaluated.

Thus, law also provides for a specific evaluation called *retrospective evaluation*, which the competent authority carries out in order to determine if the objectives of the project have been met, the harm caused to animals, including their number and species, the severity of procedures, but also any other element which could contribute to consolidating the enforcement of the requirement regarding replacement, reduction and refinement of animal use within scientific procedures. According to law, all projects using non-human primates and those involving procedures classified as severe are subject to a retrospective evaluation. The competent authority can exempt from the duty of retrospective evaluation the projects including only procedures classified as moderate or without recovery[7].

The authorization for the project is granted for a period of at maximum 5 years.

Law also provides for a simplified administrative procedure for the authorization of projects containing procedures classified as "without recovery", "superficial" or "moderate" and which do not use non-human primates, which are necessary for the observance of normative requirements or which use animals for production or diagnosis purposes, with the use of the methods established.

In agreement with the objectives of the directive, the Romanian lawmaker aims to improve transparency in the field of the projects authorization, reason for which article 42 refers to the summaries with a non-technical character of the projects involving the use of animals within procedures. These summaries comprising information on the objectives of the project, including the harm produced to animals and the benefits expected, the number and types of animals which are to be used, but also a proof of the conformity of the project with the requirements on the replacement, reduction and refinement of animals used within procedures, are published on the website of the competent authority, with all their updates.

Law institutes the obligation of notification if some significant changes of the project take place and have a negative effect on animal welfare, within 30 days, with the consequence of granting a new authorization for the project, if a favourable result is obtained after the project evaluation. If the project is not implemented by observing the authorization prescriptions, then the authorization can be withdrawn by the competent authority.

3.6. Alternative methods

As already underlined, the European Union aims to end the experiments carried out on animals, by replacing them with alternative methods. In the spirit of this preoccupation, also reflected by the text of the directive discussed, the Romanian law clearly states that the National Sanitary Veterinary and Food Safety Authority contributes to the development and validation of alternative methods which could insure at least the same level of information with the one obtained by means of the procedures carried out on animals, but which does not involve the use of animals, uses less animals or involves procedures which are less painful.

[7] Procedures are included into one of the categories provided for by annex 7 of law, that is "without recovery", "superficial", "moderate" or "severe", according to each case and using the assignment criteria provided for by the annex under scrutiny.

4. Conclusions

Out of ethical reasons, the use of animals for scientific purposes must be limited, but without preventing the research in the field of severe diseases. Naturally, the most pragmatic approach consists in the use of alternative methods, as the actual technical knowledge does not allow yet for the complete exclusion of the experiments carried out on animals. It therefore emerges that it is absolutely necessary for the animals which are still being used for well-grounded reasons to benefit from the highest level of protection and welfare, in accordance to the purposes of the experiment. From this point of view, the Directive 2010/63/EU represents an important step towards accomplishing the final objective of replacing completely the procedures involving living animals, implemented for scientific or educative purposes, as soon as this is possible from a scientific point of view.

In its turn, the Romanian law for the transposition of the directive creates an ethical background meant to prevent intense sufferance of animals used for scientific purposes.

It can be identified here a normative background modernizing the current legislation in the field and insuring an equilibrium between the protection of animals and the freedom of research.

5. Bibliography

Mihai Decun, Alina Bodnariu, *Experimentarea pe animale în România, analizată din perspectivă europeană,* in Revista Română de Bioetică, Volume 7, No. 3, July-September 2009.

SUCCESSION OF FOREIGN ELEMENTS

Liviu-Bogdan Ciucă, Assoc. Prof., PhD, "Dunărea de Jos" University of Galați

Abstract: Succession of foreign elements raises to the law-professionals issues of procedural linked by some aspects of procedure as well as for competence generated by the entry into force on August 16, 2012 of the Regulation (EU) no. 650/2012 the European Parliament and of the Council of 4 July 2012, Regulation that aimes the competence, the applicable law, the recognition and enforcement of judgments, acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession. Considering that the new European law of international successions continues to maintain and applies the current common law, depending on the time of death, the issues raised in this paper examines the specific issues arising from the connection of the succession with the legal systems in several Member States of the European Union.

Keywords: succession, foreign, certificate, legal, European.

Established in the Constitution by the provisions of art.146 "the right to inheritance is guaranteed", and by the Civil Code, 4th Book, "About inheritance and freedom", the inheritance is an objective need directly connected and strongly influenced by the sociological and economic context of the moment.

Related to terminology, we must remember that Romanian legislation uses, when referring to transmittal of patrimony of a deceased individual to one or several persons who are alive (art. 953 Civil Code), both the term "inheritance" and "succession".

Even if the new Civil Code, as well as the Constitution of Romania, revised in 2003, prefer for most of the times the term "inheritance", the term "succession" can be found in Romanian legislation and in the Civil Code, with the same patrimonial transfer of "mortis causa".

As examples we can mention the use of the term "heir" in art. 46 of Romanian Constitution, Law no. 112/1995, Law no. 10/2001, Land Law no.18/1991, Law of Public Notaries and notaries activity no.36/1995, Order of Minister of Justice no.2333/C/2013 on the approval of the Regulation on the approval of Law of Public Notaries and notaries activity no. 36/1995 (published in the Official Gazette no. 479 dated August 1, 2013).

Regarding the term "succession", we can mention the use of this term both in the national legislation, respectively art. 627, paragraph 5, Civil Code ("The transfer of the asset by the estate of the deceased cannot be ceased by stipulating the inalienability") as well as in art. 806 Civil Code related the conditions the related assets were obtained by the administrator in exercising his/her tasks.

The European legislation, out of linguistic reasons, prefers the term succession, as we can found in the Regulation (EU) no. 650/2012 of the European Parliament and of the Council

dated July 4, 2012 on the competence, law applicable, recognition and execution of the court decisions and acceptance and implementation of the authentic deeds related to the succession and related to the creation of an European Heir Certificate, entered into force on August 16, 2012.

Legal or testamentary inheritance, representing a way to acquire a property (art. 557, paragraph 1, the Civil Code provides that "the property right can be acquired, under the conditions of the law, by convention, legal or testamentary inheritance, accession, usucaptio (prescription), as effect of the good-faith possession in case of movable assets of the results of such assets, by occupation, tradition as well as by court resolution, when it ca be shifted of property by itself"), it is directly connected to culture, political doctrine and economic growth and by reporting to the ownership right of people in a certain times. Starting with the customary norm, from the primitive commune, in the matter of estate of the deceased in the slave-owning or feudal system, continuing with the rules imposed by the Soviet inheritance law and concluding with the legislation of a modem state, member of EU, all the legal norms were subjected to a continual transformation, trying to address needs of reality, needs that can find a correspondence in the whole population and which have an affective component, which is very important.

This permanent change of the legislation related to inheritance, is a challenge at all times for the theoreticians of law as well as for the practitioners who must apply the juridical norm, understanding the will of the law maker and theoretical explanations in the doctrine.

When we are talking about the inheritance procedure, we can say that inheritance procedure, is, on national level, the most used and accessible procedure.

The notary public is, most of the times, the first professional who must implement a new juridical norm, taking into account the interval since it entered into force until the fist application of the rule by a professional.

EU citizens' mobility leads to the need of settling certain law and inheritance procedure issues. In the notary's activity practice we can encounter more and more inheritance situations with foreign elements or with reference to citizens or goods from the EU Member States as well as related to states outside the EU.

In order to be able to suggest an address to settle the inheritance with foreign elements we must identify the judicial norm which regulates this subject. In this regard, we must identify the norms which can be found in the domestic law, that which can be found in the law of the European Union, but also in the bilateral treaties to which Romania is a party, addressing to certain special provisions in the matter of inheritance. If in the domestic law, we can mainly say, that the matter is addressed in the 7th Book "International Civil Process" Art. 1064 – Art. 1109 of the Civil Procedure Code, and in the 4th Chapter "Inheritance" of 2nd Title "Conflict of laws" of the 7th Book "Private international law provisions" and in Art. 2633 – Art. 2636 of the Civil Code, related to the subject of the mater from the law of European Union, we mention:

Regulation (EU) no. 650/2012 of the European Parliament and of the Council dated July 4, 2012 related the competence, law applicable, recognition and enforcement of the court decisions and acceptance and execution of the authentic deeds related to the succession and

related to the creation of a European Heir Certificate, entered into force on the 16th of August 2012.

Regarding some of the bilateral treaties to which Romania is a party and which contain special provisions regarding the inheritance, we take into account both international treaties and the international conventions which comprise provisions on the subject of the succession, even if such conventions were not ratified by Romania.

We mention certain treaties and conventions which have a relevant content from this point of view:

- The treaty between People's Republic of Romania and People's Republic of Albania regarding juridical counseling in the civil, familial and criminal causes, ratified by Decree no. 463/1960.

- The treaty between People's Republic of Romania and Federative People's Republic of Yugoslavia regarding juridical counseling, ratified by Decree no. 24/1961.

- The treaty between People's Republic of Romania and People's Republic of Bulgaria regarding juridical counseling in the civil, familial and criminal causes, ratified by Decree no. 109/1959.

- The agreement between Socialist Republic of Romania and People's Democratic Republic of Korea regarding juridical counseling in the civil, familial and criminal causes, ratified by Decree no. 305/1972.

- The treaty between Romania and Moldavian Republic regarding juridical counseling in the civil, familial and criminal causes, ratified by Law no. 177/1997.

- The treaty between People's Republic of Romania and Mongolian People's Republic regarding juridical counseling in the civil, familial and criminal causes, ratified by Decree no. 415/1973.

- The treaty between People's Republic of Romania and People's Republic of Poland regarding juridical counseling in the civil, familial and criminal causes, ratified by Decree no. 323/1962.

- The treaty between People's Republic of Romania and Czechoslovakia regarding juridical counseling in the civil, familial and criminal causes, ratified by Decree no. 506/1958.

- The treaty between People's Republic of Romania and People's Republic of Hungary regarding juridical counseling in the civil, familial and criminal causes, ratified by Decree no. 505/1958.

- The treaty between People's Republic of Romania and Union of Social Soviet Republics regarding juridical counseling in the civil, familial and criminal causes, ratified by Decree no. 505/1958.

- Convention from Hague dated October 5, 1961 related the conflicts of law related to the form of the testamentary provisions;

- Convention from Hague dated 02.10.1973 regarding the administration of the estate of the deceased, ratified by Czech Republic, Portugal and Slovakia;

- Convention from Hague dated 01.07.1985 the applicable Trust Law and its recognition;

- Convention from Hague dated August 1, 1989 on the law applicable to the estate of the deceased upon death (ratified only by the Netherlands on the 27th of September 1966);

- Convention from Washington dated October 26, 1973 regarding the Uniform Law on the International testament (ratified by countries such as Belgium, Germany, Italy, Portugal, Slovenia, and France);

- Northern Convention dated November 19, 1934 regarding the inheritance and liquidation of the estate of the deceased, in force between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden.

We mention that "the entry into force of the Regulation (EU) no. 650/2012 does not affect the implementation of the international conventions existing to which the Member States are parties, except for the conventions concluded exclusively between two or several Member States of the European Union (art. 75 from Regulation (EU) no. 650/2012).

Especially, the Regulation (EU) no. 650/2012 maintains the application of the Convention from Hague dated October 5, 1961 regarding the conflict of laws related to the form of the testamentary provisions matter (art. 75 paragraph 2 of the Regulation) and of the Northern Convention dated 1934 (art. 75 paragraph 3 of the Regulation)"[1].

Certain specifications must be made, for the settlement of the inheritance causes, without having a direct impact on the succession, but being connected to such, we can remember:

- Regulation (EC) no. 1393/2007 of the European Parliament and of the Council dated November 13, 2007 regarding the notification or communication between the Member States of the judicial and extrajudicial deeds in the civil or commercial matter (notification or communication of deeds) and cancelation of Regulation (EC) no. 1348/2000 of the Council.

- Regulation (EC) no. 1206/2001 of the Council dated May 28, 2001 related to the cooperation between the courts of the Member States related to evidence support in the civil and commercial matter.

Identifying the legal rules governing international matter of the succession, we have to clarify the relation between these rules when a specific procedural moment is regulated both by the domestic law and by the international normative deeds mentioned.

Under such situation, in compliance with the norm imposed by art. 5 Civil Code and art. 2557 paragraph 3 Civil Code, we can found that the "provisions of this book are applicable if the international conventions to which Romania is a party, the Law of the European Union or the provisions of special laws do not impose other regulations".

If we also take into account art. 84 paragraph 4 of the Regulation (EU) no. 650/2012 we found that "this regulation is mandatory under all aspects and it is implemented directly in the Member States in compliance with the treaties".

Therefore, we can conclude that European Union law is directly applicable and take precedence over the domestic law. Regarding the situation in which the Regulation (EU) no. 650/2012 regulates some aspects that are subject to the international conventions or bilateral treaties concluded between some EU Member States, we can consider that art. 75 of the

[1] Ioana OLARU, *Dreptul european al succesiunilor internaţionale. Ghid practic,* Notarom Publishing House, Bucharest, 2014, pp.14.

Regulation (EU) no. 650/2012 clearly establishes which among the juridical norm can be applied under the circumstances that several norms regulate the same aspect.

„Article 75

Relationship with the existing international conventions

1. This Regulation shall not affect the application of international conventions to which one or several Member States are parties on the adoption of this Regulation and relating to matters covered by this Regulation.

In particular, Member States which are Contracting Parties to the Hague Convention dated October 5, 1991 on conflicts of laws relating to the form of testamentary dispositions conditions, the provisions of that convention are still applicable to replace article 27 of this Regulation regarding the formal requirements of wills and joint wills.

2. Without any prejudice to paragraph (1), between Member States, this Regulation shall take precedence over conventions concluded exclusively between two or several Member States to the extent such conventions concern matters regulated by this Regulation.

3. This Regulation shall not preclude the application of the Convention dated November 19, 1934 between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden comprising international private law provisions on the succession, wills and estate administration, as amended by intergovernmental agreement between those states dated June 1, 2012, by the Member States which are Parties to the Convention to the extent that the convention provides:

(a) rules on procedural aspects of estate administration, as defined in the Convention, and assistance in this regard from the authorities of States which are Contracting Parties to the Convention; and

(b) simplified and faster procedures for the recognition and enforcement of court decisions in matters of succession".[2]

In the following paragraphs, we will try to present the legal norm applicable in certain specific situations.

When the file in question, we are talking about a citizen of an EU member state who died after August 17, 2015, the citizen of a country with which Romania has concluded a bilateral convention under art. 75 paragraph 2 of Regulation (EU) no. 650/2012, the provisions of the bilateral treaty concluded between Romania and that State in matters of succession, would no longer apply, if the citizen died before August 17, 2015, the provisions of the bilateral agreement or treaty concluded by Romania with the state will be applicable, since the European Regulation is applicable only for the persons who died after August 17, 2012.

We mention that after "August 17, 2015, the Regulation (EU) no. 650/2012 is also applied for the deceased who are citizens of another Member State of the European Union or which did not have their last residence in a Member State, when the settlement competence of the succession is the liability of an authority from a Member State".[3]

"Any law mentioned by this regulation is applied regardless if it is a law of a Member State or not." (Art. 20)

[2] Ibidem, pp.18-19.
[3] Ibidem, pp.23.

Consequently, we suggest the practitioners called to settle the international succession, the following steps that we find in the paperwork "Dreptul European al Succesiunilor Internaţionale - Ghid practic" ("*European Law of International Inheritance – Practical Guide*"), author Ioana Olaru.

"1. Establishing the normative deed comprising the juridical norms applicable to the succession matter;

2. Establishing the norm applicable, when relevant provisions are to be found in several national and international law sources;

3. Establishing the content of the foreign law applicable and acquiring the customary certificates;

4. Determining the norms of conflict and substantive rules applicable, depending on the date of death of the persons whose estate is discussed, following the change of their content over the time, by implementing Law no. 287/2009 on the Civil Code as well as of Law no. 71/2011 on the implementation of Law no. 287/2009 on the Civil Code, as well as by the implementation of Regulation (EU) no. 650/2012 of the European Parliament and of the Council dated July 4, 2012 related to the competence, the law applicable, the recognition and execution of the courts decisions and acceptance and execution of the authentic deeds related to the succession, as well as regarding the issuance of the European Heir Certificate;

5. Determining the fact that a body from Romania is able to settle the heritage (international competence);

6. Verification of competence of the Romanian notary notified;

7. Determining the substantial law applicable to the succession;

8. Identification of the circumstances when a foreign law, considered as applicable, can be canceled as exception from the public order in the private international law;

9. Considered the merits and the form validity of the options related to the succession;

10. Determining the merits and the form validity of a will;

11. Acceptance of effects produced by foreign documents in the Romanian procedure related to the succession, including the authentic deeds or courts decisions;

12. Issuing the National Heir Certificate;

13. Issuing the European Heir Certificate, in accordance with Chapter 6 of Regulation (EU) no. 650/2012."[4]

We consider that for the fulfillment of the procedures related to the succession with foreign elements aspects related to the determination of the content of foreign law will be clarified, the application on time of the substantial law related to a relation with foreign elements under the situations that its provisions were changed in time, to establish the relation and the juridical deeds to which the Regulation (EU) no. 650/2012 is applicable, verification of the competence in case of debating an international succession, the law applicable to the succession, using foreign documents into the procedure applicable for the succession (courts decisions, authentic deeds, documents of marital status).

In order to support the professionals, the European Juridical Network in the civil and commercial matter was established by Decision No. 2001/470/EC of the Council dated 28th of

[4] Ibidem, pp.9-10.

May 2001, to create an European Judicial Network in the civil and commercial matter amended by Decision No. 568/2009/CE of the European Parliament and of the Council dated June 18, 2009, as we can find useful information on: http://ec.europa.eu/civiljustice/index_en.htm, https://e-justice.europa.eu, www.successions-europe.eu, www.couples-in-europe.eu, and "European Notarial Network launched on the 1st of November 2007 following the decision of the EU Council of Notaries (CNUE), official and representative body of the notary profession in Europe. RNE is a structure of national interlocutors dealing with cross-border cases, to support the notaries from 22 Member States of the European Union. (www.enn-rne.eu, http://www.notaries-of-europe.eu/index.php?pageID=228)"[5].

Finally, we have to mention that this paper seeks only to challenge the people interested in the international procedure related to the succession, to analyze the available juridical and normative resources to identify the correct procedure applicable in such a situation, in full compliance with the constitutional right to inheritance, the right to free movement within the EU and regulations in the matter which we can find both in the domestic and European legislation and the content of treaties and conventions concluded by Romania and the content of which concerns some aspects of the case relating to the succession with foreign elements.

BIBLIOGRAPHY

Ioana OLARU, *Dreptul european al succesiunilor internaţionale. Ghid practic,* Notarom Publishing House, Bucharest, 2014.

[5] Ibidem, pp.29.

CONSIDERATIONS ON INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

Nicolae D. Ploeşteanu, Assoc. Prof., PhD, "Petru Maior" University of Tîrgu Mureș

Abstract: This paper approaches a systematic view from an International Environmental Law's perspective on the sources of law from which it derives, as well as the difference between the traditional sources of International Public Law and the sources of International Environmental Law (IEL), general principles of law, treaties, which have enshrined various documents and acts of international organisations and also elements of "soft law".
This evolution and development of the sources of IEL have determined the emergence of a vast amount of international obligations.
As sources of law, treaties essentially are the manner in which State Parties express their will, in order to create for themselves and/or others international rights and obligations. However, in IEL there are numerous instruments of major importance that, even if they are not treaties, are not adopted with the finality of creating international rights and obligations.
This paper also analises the impact and practicability of the general principles of law, of international organizations documents, of doctrine and case-law in IEL.

Keywords: public international law, environmental protection, sources of law, treaties, state practice.

Dreptul internațional public este definit clasic ca fiind acel *corpus* de reguli care obligă juridic statele în relațiile dintre ele[1]. Aceste reguli au forță juridică, în conformitate cu art. 38 (1) din Statutul CIJ, pe care o au izvoarele care le cuprind: tratatele, cutuma internațională, principiile generale ale dreptului și izvoarele secundare (deciziile judecătorești și ale instanțelor, precum și doctrina de specialitate). Lista izvoarelor, enumerată de art. 38 (1) nu se limitează în dreptul internațional public modern doar la cele patru categorii, în doctrină susținându-se un puternic curent de opinie în sensul includerii în categoria izvoarelor, inclusiv actele obligatorii ale organizațiilor internaționale. Această poziție este reflectată inclusiv de Comisia de Drept internațional (CDI)[2].

Îndeosebi în DIM trebui să se aibă în vedere, dar în conexiune cu alte izvoare, acele instrumente internaționale de „soft law".

Într-o viziune sistematică asupra DIM, se consideră că izvoarele tradiționale ale DIP, împreună cu actele organizațiilor internaționale și luându-se în considerare izvoarele de „soft law", au dat naștere unui *corpus* vast de obligații internaționale care privesc, direct sau indirect, protecția mediului. Cu toate acestea sistemul DIM prezintă caracteristicile de descentralizare și fragmentare normativă.

[1]R. Jennings și A. Watts, *Oppenheim's International Law* (1992 ed. 9), vol.1, p.4;
[2]International Law Commission, Draft Articles on State Responsibility, Part 2, Art 5 (1) „*Report of the ILC to the United Nations General Assembly* ", UN Doc, a/44/10, p 218 (1989)

A. Tratatele internaționale

Se poate afirma cu certitudine că la baza DIM se află tratatul internațional, ca izvor primar de drepturi și obligații internaționale. Potrivit CVDT, tratatul este definit drept un acord de voință internațional încheiat între state în formă scrisă și guvernat de dreptul internațional, alcătuit dintr-unul sau mai multe instrumente internaționale și indiferent de denumirea sa particulară. Esența definiției constă în aceea că părțile intenționează să creeze drepturi și obligații internaționale. În contrast, numeroase instrumente, dintre cele mai importante pentru DIM, nu au fost adoptate pentru a crea drepturi și obligații internaționale; spre exemplu, Declarația de la Stockholm (1972), Carta Universală pentru Natură (1982), Declarația de la Rio (1992), etc. Faptul că aceste documente nu sunt tratate nu înlătură posibilitatea ca anumite reguli pe care le afirmă să aibă caracter juridic, reflectând dreptul internațional în vigoare[3].

Observarea sistemului de tratate internaționale care constituie izvoare ale DIM în vigoare, conduce la următoarele caracteristici și clasificări:

a) unele tratate au o autoritate mai mare decât altele, generată de sfera de aplicabilitate[4], de numărul de ratificări, de durata pentru care au fost încheiate, de practica ivită în aplicarea lor. Pe lista tratatelor cu o astfel de autoritate se includ: Convenția internațională privind vânătoarea de balene (1946), Tratatul privind interzicerea testelor nucleare (1963), Convenția Ramsar (1971), Convenția de la Londra (1972) și Protocolul la Convenție (1996), Convenția privind Patrimoniul Mondial (1972), UNCLOS (1982), MARPOL 73/78, CITES (1973), Convenția de la Viena (1985), Protocolul de la Montreal (1987), Convenția de la Basel (1989), Acordul privind stocurile de pește (1995), Convenția de la Stockholm privind poluanții organici persistenți (POP), Convenția privind substanțele chimice (1998), Convenția privind schimbările climatice (1992), Convenția privind biodiversitatea (1992).

b) unele tratate stabilesc un regim progresiv, stabilind organizarea unor forumuri cu scopul de a adopta reglementări ulterioare. Un exemplu îl constituie Convenția privind Biodiversitatea (1992), succedată de Protocolul privind biosecuritatea (2000) și Protocolul asupra accesului la resursele genetice și împărțirea corectă și echitabilă a beneficiilor (2010).

c) unele tratate au vocație universală, iar altele au vocație regională, din această ultimă categorie făcând parte Convenția OSPAR (1992), Convenția Aarhus (1998) etc.

d) unele tratate privesc mediul, în timp ce alte tratate au o sferă mai largă, cuprinzând și alte problematici decât cele privind mediul.

Tratatele de mediu prezintă trăsăturile generale ale tuturor tratatelor, supunându-se regulilor CVDT (1969) și ale dreptului cutumiar. În același timp, ele prezintă și anumite trăsături specifice, chiar dacă nu există un format standard exclusiv. Astfel, spre exemplu, atunci când se reglementează chestiuni de mediu, la nivel regional sau mondial, cel mai

[3]Cu titlu de exemplu, în cauza *Legalitatea amenințării sau utilizării armelor nucleare* (1996), Curtea Internațională de Justiție evidențează regula juridică enunțată de Principiul 24 din Declarația de la Rio, ICJ Reports 226-242, para. 30

[4] Așa numitele tratate-lege, al căror scop este să normeze reguli generale de conduită a statelor într-un anumit domeniu.

adesea se adoptă un tratat-cadru. Un asemenea tratat-cadru stabilește obligații generale, instituie structurile de bază și prevede procedurile pentru adoptarea unor obligații detaliate într-un protocol ulterior. În mod frecvent, un tratat-cadru are una sau mai multe anexe, care cuprind prevederi științifice, tehnice sau administrative (reguli privind soluționarea disputelor, schimbul de note și informații etc.); cuprind adesea și liste cu speciile, substanțele sau activitățile vizate de reglementări, sau cu privire la statele cărora anumite obligații substanțiale li se vor aplica.

Această structurare tehnică (tratat-cadru, protocol și anexă) specifică domeniului DIM permite o flexibilitate adecvată dezvoltării DIM, prin introducerea unor modificări sau alte schimbări în funcție de dezvoltările politice, economice sau științifice[5].

B. Cutuma internațională

Dreptul cutumiar constituie izvor al DIM, însă se situează pe un plan secund sub aspectul prezenței normelor sale în sfera DIM. Importanța dreptului cutumiar constă în aportul pe care îl poate avea în perspectiva dezvoltării DIM, deoarece cutuma cuprinde obligații și drepturi opozabile tuturor statelor lumii sau cel puțin statelor situate într-o regiune, iar nu doar celor care sunt părți la un tratat determinat, cu excepția acelor state care în mod consecvent au obiectat cu privire la o anumită practică și la consecințele sale juridice.

Un dezavantaj recunoscut cutumei internaționale constă în dovedirea acesteia, aspect evidențiat și în cauza *Iron Rhine* de către tribunalul arbitral constituit: „există o serioasă dezbatere cu privire la care anume, în sfera DIM, constituie ”reguli” sau ”principii”; ce este ”soft law”; și care dintre tratatele de mediu sau principii au contribuit la dezvoltarea dreptului cutumiar internațional”.[6]

C. Principiile generale ale dreptului

Principiile generale ale dreptului reprezintă izvor de drept în sensul art. 38 din Statutul CIJ, însă utilizarea acestuia este îndeosebi relevantă în activitatea de soluționare a disputelor de către tribunalele și instanțele internaționale. Acest izvor de drept permite instanțelor fie să umple anumite ”zone gri” ale dreptului internațional, fie să-și fundamenteze temeinic concluziile.

Principiile bunei-credințe în exercitarea drepturilor și a interzicerii abuzului de drept de către state își găsesc aplicarea în domeniul DIM, aspect reflectat de jurisprudența internațională[7]. În arbitrajul *Fur Seal*, opinia președintelui tribunalului a fost în sensul că exercitarea unui drept cu scopul exclusiv de a cauza prejudicii altuia este interzisă. Hotărârea pronunțată în cauza *Trail Smelter* s-a fundamentat de asemenea pe principiul bunei-credințe, care guvernează exercițiul drepturilor, pentru a se asigura existența unui echilibru adecvat între drepturile și obligațiile unui stat și totodată ca o confirmare a interdependenței dintre drepturile și obligațiile unei persoane[8]. Doctrina abuzului de drept a fundamentat regula potrivit căreia niciun stat nu are voie să afecteze cursul unui râu în detrimentul altor state

[5] P. Sands și J. Peel, *Principii ale Dreptul Internațional al Mediului*, 2012, p. 98

[6] Hotărârea în cauza *Iron Rhine*, par. 58;
[7] Cheng, B., *General Principles of Law as Aplied by International Tribunals* (2006), pp. 121-36;
[8] Cheng, B., p 130;

riverane[9]. La rândul său, principiul interzicerii abuzului de drept se află în interdependență cu principiul potrivit căruia statele sunt obligate să respecte mutual interesele lor, idee reflectată de Principiul 21 al Declarației de la Stockholm și de principiul 2 din Declarația de la Rio, principiu cunoscut sub adagiul *sic utere tuo ut aleinum non laedas*. Principiul bunei-credințe a fost aplicat de CIJ în cauza *Nuclear Tests*, fundamentând concluzia acestei instanțe în sensul că declarația unilaterală a Franței are ca efect legal obligația acestui stat de a înceta testele nucleare atmosferice. Referitor la această situație, Curtea a statuat următoarele:

”Unul dintre principiile fundamentale care guvernează naşterea şi executarea obligaţiilor juridice, indiferent de izvorul acestora, este principiul bunei-credințe. Încrederea și onestitatea reciprocă sunt inerente în cooperarea internațională, în special într-o perioadă în care această cooperare în numeroase domenii devine tot mai mult esențială. Precum regula specifică din dreptul tratatelor, *pacta sunt servanda*, se întemeiază pe buna-credință, la fel este şi caracterul obligatoriu al unei obligaţii internaţionale asumată printr-o declaraţie unilaterală. De aceea, statele interesate trebuie să fie conştiente de declarațiile unilaterale și să-și pună încrederea în acestea, fiind îndreptățite să pretindă ca obligația născută pe această cale să fie respectată.” [10]

Concluzia care s-ar putea desprinde este că statele care efectuează declarații unilaterale ar putea institui obligații de mediu cu forță juridică. Practica oferă exemple în acest sens: declarația Marii Britanii de a înceta să permită deversarea în Marea Nordului a depunerilor din canalizări, începând cu sfârşitul anului 1998; declarația Japoniei că va interzice pescuitul cu năvoade plutitoare la sfârșitul anului 1993; declarația statelor membre UE de a proceda la reducerea totalului de emisii de gaz cu efect de seră în Uniunea Europeană până la 20 de procente în raport cu anul 1990, până în anul 2020[11].

În final, referitor la declarațiile unilaterale trebuie să facem precizarea că luarea în considerare a naturii lor presupune o evaluare prudentă, urmărind a se identifica în ce măsură acestea sunt opozabile doar în relațiile dintre state determinate, sau sunt făcute doar pentru a produce consecințe politice ori la nivel internațional.

Numeroase alte principii generale pot, de la caz la caz, să-și găsească aplicabilitatea în sfera mediului: obligația de reparație pentru încălcarea unui angajament[12]; principiul potrivit căruia o persoană nu poate invoca propria culpă[13]; principiul potrivit căruia nimeni nu poate fi judecător în propria cauză[14]; principiile generale fundamentale ale dreptului umanitar[15] și considerațiile elementare de umanitate[16].

Echitatea

Conceptul de ”echitate” nu are o poziție bine precizată în categoria izvoarelor DIP, însă datorită conținutului său o parte a doctrinei îl situează în categoria izvoarelor primare. O

[9] R. Jennings și A. Watts, *Oppenheim's International Law* (1992 ed. 9), vol.1, p. 408
[10] Cauza *Nuclear Tests* (1974), ICJ Reports 267, 268;
[11] A se vedea Comisia CE, *White Paper: Adapting to Climate Change: towards a European Framework for Action* (2009), p. 3;
[12] Cauza *Charzow-Factory* și cauza *Gabcikovo-Nagymaros*;
[13] Cauza *Jurisdiction of the Courts of Danzig*;
[14] Cauza *Mosul*, PCIJ (1925) Ser. B No. 12, p 32;
[15] Cauza *Military and Paramilitary Activities case* (1986) ICJ Reports 113-15 și 129-130;
[16] Cauza *Corfu Channel* (1949) ICJ Reports 22;

asemenea calificare este sprijinită de opinii jurisprudențiale; astfel, în cauza *Platoul Continental*, CIJ a apreciat ” echitatea” ca fiind o emanație directă a ideii de justiție și un principiu general aplicabil direct cu forță juridică și care trebuie să se aplice ca parte a dreptului internațional pentru a echilibra diferitele considerații potrivit cărora acesta este relevant, în scopul de a obține un rezultat echitabil[17].

Cu toate acestea, majoritatea autorilor consideră că echitatea reprezintă izvor de drept doar prin prisma art. 38 (2) din Statutul CIJ, în sensul că doar dacă părțile unei cauze sunt de acord, Curtea Internațională poate decide *ex aequo et bono.*

Realitatea este că numeroase tratate de mediu fac trimitere sau încorporează regula echității ori a principiilor echitabile, însă această realitate trebuie interpretată ca reprezentând un izvor de drept convențional, iar nu în sensul că ar crea un principiu general de drept distinct și autonom.

D. Actele organizațiilor internaționale

Astfel cum spuneam, în domeniul DIM, actele organizațiilor internaționale constituie un izvor important, chiar dacă se consideră a fi reglementări de nivel secundar.

Actele organizațiilor internaționale pot îndeplini următoarele funcții juridice: pot să fie obligatorii *per se*, pot să modifice unele prevederi conveționale internaționale sau pot să interpreteze cu caracter de autoritate prevederi ale tratatelor.

Se consideră că autoritatea juridică a actelor organizațiilor internaționale derivă din tratatul de constituire și funcționare a acelei organizații, astfel că aceste acte pot fi considerate ca făcând parte din dreptul convențional internațional.

Este important de știut că unele acte ale organizațiilor internaționale pot să creeze consecințe juridice, iar altele nu pot. Forța lor juridică depinde de organizație, de contextul internațional și de intenția entității emitente. Spre exemplu, în timp ce rezoluțiile Adunării Generale a ONU, potrivit art. 25 din Carta ONU, sunt doar de recomandare, Consiliul de Securitate adoptă rezoluții care obligă toate statele[18].

E. Deciziile tribunalelor și doctrina

Acestea constituie izvoare secundare ale DIP, potrivit art. 38 din Statutul CIJ. Cu toate că problemele de mediu au fost supuse jurisdicției CIJ relativ recent, totuși se întâlnește o jurisprudență valoroasă: cauzele *Icelandic Fisheries, Corfu Channel, North Sea Continental Shelf, The legality of the Treath or Use of Nuclear Weapons, Gabcikovo-Nagymaros, Pulp Mills.*

Printre instanțele internaționale, o jurisprudență valoroasă pentru DIM o conferă Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Instituția de Apel a WTO și Tribunalul Internațional pentru dreptul mării. Acestora li se adaugă comisii organizate sub efectul unor tratate internaționale cum ar fi cele stabilite sub Acordul de comerț liber între Canada și SUA și Acordul WTO privind soluționarea disputelor.

[17] Platoul Continental (*Tunisia vs. Libia*), 1982, ICJ Reports 18-60; Opinia individuală a judecătorului Hadson în cauza *Diversion of Waters from the Meuse*, în care se afirmă ca echitatea este parte a dreptului internațional;
[18] E.g. Rezoluția Consiliului de Securitate din 1991 prin care se reafirmă răspunderea Irakului pentru prejudiciile de mediu generate de propria sa invazie ilegală asupra Kuweit-ului.

BIBLIOGRAFIE

Avizul consultativ din 8 iulie 1996 privind legalitatea amenințării sau folosirii armelor nucleare în conflictele armate, 226-242, para. 30, ICJ Reports, 1996.

Cheng, Bin., *General Principles of Law as Aplied by International Tribunals* (2006), pp. 121-136;

Comisia CE, *White Paper: Adapting to Climate Change: towards a European Framework for Action* (2009).

Declaraţia de la Rio cu privire la mediu şi dezvoltare (Declaraţia de la Rio), 1992.

International Law Commission, Draft Articles on State Responsibility, Part 2, Art. 5 (1) „*Report of the ILC to the United Nations General Assembly* ", UN Doc, a/44/10, p 218 (1989).

Philippe Sands şi Jacqueline Peel, *Principii ale Dreptul Internaţional al Mediului*, 2012

Rezoluția Consiliului de Securitate din 1991

Robert Jennings și Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, vol.1, Harlow: Longman, 1992 ed. 9;

JURISPRUDENȚĂ

Cauza Olanda/Belgia - *Iron Rhine*, par. 58, 2005;

Cauza *Nuclear Tests* (1974), ICJ Reports 267, 268;

Cauza *Charzow-Factory* Hotărârea nr. 13, PCIJ Seria A nr. 17 ICGJ 255 (PCIJ 1928);

Cauza *Gabcikovo-Nagymaros*, Ungaria/Slovacia Hotărârea din 25 Septembrie 1997;

Cauza *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, Seria B - P 75, 3 Martie 1928;

Cauza *Mosul*, PCIJ (1925) Ser. B Nr. 12, p 32;

Cauza *Military and Paramilitary Activities case* (1986) Rapoarte ICJ pp. 113-15 și 129-30;

Cauza *Corfu Channel* (1949), ICJ Reports 22;

Platoul Continental (*Tunisia vs. Libia*), 1982, Rapoarte ICJ pp.18-60;

Cauza *Diversion of Waters from the Meuse*, Olanda/Belgia, 1937, P.C.I.J, Ser. A/B, Nr. 70.

THE CONSENT AND THE VICE OF CONSENT

Petru Tărchilă, Assoc. Prof., PhD, "Aurel Vlaicu" University of Arad

Abstract: The consent is an essential prerequisite of validity for any juridical act and it is defined as the parties` decision to complete the juridical act. The consent must meet the following conditions to acquire legal value, to be considered valid: to be issued by a judicial person, to be externalized, to have the intention of producing legal effects, not be affected by any consent flaw: mistake, fraud, violence or damage. The paper analysis the provisions of the New Civil Code regarding the vice of consent in relation to the determining characteristics of the consent.

Keywords: the consent, mistake, fraud, violence, damage.

I. The validity conditions of civil juridical act

The New Civil Code referring to vices of consent for the validity of a civil juridical act, the parties` consent for concluding the juridical act is also of great importance. Parties should assume the legal consequences that it produces[1]. Thus, the following situations are considered consent flaws:

- mistake;
- fraud (cunningness);
- violence ;
- damage;

Mistake or false representation of reality in one`s consciousness is represented by a person`s determination to close the civil juridical act due to a false representation, which in other circumstances wouldn`t have been closed.

In turn, mistake is classified in mistake which prevents a contract from coming into existence, mistake vice of consent and irrelevant mistake.

Fraud involves deceiving a person through cunning means in the attempt to close a juridical act, which the person wouldn`t have closed under other circumstances. That is the reason why fraud is also known as cunningness because one of the parties uses it to close the civil juridical act[2].

Violence is that vice of consent which involves threatening a person with an evil, which can bring about a fear so high as to make the person decide closing the juridical act. The act wouldn`t have been closed under other circumstances.

Damage is a vice of consent which involves material damages experienced by a person due to the obvious value disproportion between two mutual performances. Article 1.206 of

[1] See also: P. Tărchilă, *Drept civil. Partea generală şi Persoanele*, Ed. Gutenberg, Arad, 2008, p.272
[2] See: L.Pop, *Tratat de drept civil*, Editura Cordial Lex,Cluj, 2011, p.289.

the New Civil Code promoted by Law no 287/2009 referring to the vices of consent provides the following:

„Consent is corrupted when it results from mistake, fraud or violence. Consent is also corrupted if it is the result of damage."

Art.1207 of the New Civil Code handles the institution of mistake as vice of consent in the following manner: „The party which is finds itself in an essential mistake at the moment of closing the act can demand the invalidation of the contract if the other party knew or should have known about the mistake and its importance in the closing of the contract."

Mistake is essential:

1. when bearing on the nature or object of the contract;
2. when bearing on the identity of the object, the performance or one of its qualities or on a circumstance considered essential by both parties without which the contract would not have been closed.
3. when bearing on the identity of a person or on one of the person`s qualities in whose absence the contract would not have been closed.
4. The mistake of law is essential when it refers to a determining juridical norm, according to the will of both parties and essential for closing the contract.
5. Mistake which refers to simple contract reasons is not essential, except when such reasons were considered essential or determining by the parties.

II. The Vices of Consent

II.1. Provisions of the New Civil Code referring to Mistake as Vice of Consent

Articles 1208 to 1211 of the New Civil Code refer to the main forms of mistake which are found more often in civil jurisprudence, as follows:

Art.1208 handles the institution of unpardonable mistake as a contract which cannot be considered void if the fact bearing the mistake could have been known by the parties and solved through reasonable diligence.

Mistake of Law cannot be appealed to in cases of legal accessible and predicable provisions.

Article 1209 refers to the institution of assumed mistake and stipulates that „A contract cannot be made void if it bears on it an element for which the risk of mistake has been assumed by the party who appeals to it or should have been assumed under various circumstances."[3]

Article 1210 refers to the institution of calculation mistake and provides that: „A simple calculation mistake does not make the contract void only its amendment, except the case when the mistake in terms of quality was essential for closing the contract. The calculation mistake must be corrected at the request of either party."

Article 1211 refers to the institution of communication or transmission mistake and stipulates that: „ The provisions referring to mistake apply when mistake bears on the

[3] See: G.Beleiu, *Drept civil*, Ed.Şansa, Bucureşti, 2010, p.144.

declaration of will or when the declaration was inaccurately transmitted by a third party or by means of distance communication means".

Referring to the claim of good faith mistake, the legislator provides in Article 1212 of the New Civil Code that„ The party, victim of a mistake cannot prevail over the mistake contrary to the demands of good faith".

Article 1213 of the New Civil Code refers to the institution of contract amendment and stipulates that „The party, victim of an essential mistake bound to the contract can demand the amendment of contract provisions if the other party agrees to the execution.

II.2. Provisions of the New Civil Code referring to Fraud as Vice of Consent

The New Civil Code defines fraud in article 1214 as the mistake caused by fraudulent actions of one party or when one party fraudulently omitted to inform the contracting party (contractor) about certain circumstances that ought to have been revealed. The party whose consent was corrupted by fraud can claim the contract as null and void. The contract can become void also when the fraud is committed by the representative or guarantor for the business of the other party.

Fraud cannot be inferred.

Article 1215 of the new Civil Code refers to the institution of fraud committed by a third party and stipulates that „The party which is the victim of a fraud committed by a third party cannot claim a contract to become void only if the other party knew about the fraud or should have known about the fraud at the moment the contracted was closed. What needs to be remembered is that irrespective of the contract being annulled, the author of the fraud is responsible for the damage caused.

II.3. Provisions of the New Civil Code referring to Violence as Vice of Consent

Violence as vice of consent is referred to in Article 1216 and stipulates the following: „The party which closed the contract under justified fears and threats induced by the other party or by a third party, can demand the annulment of the contract". There is violence when the inferred fear is such as to make the party believe that under those circumstances, the lack of consent would jeopardize the life, the person, honour and goods of the party.[4] Violence can void the contract also when it is directed against a close person such as the wife, ascendants and descendants of the party whose consent had been corrupted.

In all cases, violence is ranked according to the age, social status, health and character of the aggressed person as well as according to any other circumstance that could influence its being at the moment the contract was closed.

The New Civil Code refers to certain juridical aspects encountered in legal practice in articles 1217-1220: threat with exercise of a right is referred to in article 1217 and stipulates that „ It is considered violence, the threat with exercise of a right made with the aim of obtaining unjustified advantages".

[4] See: O.Ungureanu, *Drept civil. Introducere*., Ed.Rosetti, Bucureşti, 2009, p.208.

Article 1218 refers to the institution of a state of necessity and stipulates that a contract closed by a party which is in a state of necessity can become void only if the other party took advantage of these circumstances.

Article 1219 refers to the institution of reverential fear and stipulates that fear which is caused only by respect, without any violence, does not void a contract.

Article 1220 refers to violence committed by a third party and stipulates that it voids the contract only if the party whose consent was not corrupted knew or should have known about the violence committed by the third party. Irrespective of voiding, the author of violence is responsible for the consequences and damages.

II.4. Provisions of the New Civil Code referring to Damage as Vice of Consent

Damage is referred to in the New Civil Code, articles 1221-1224 as follows:

Art.1221 defines the institutions of damage as the profit of one party over the other party`s state of need, lack of experience or knowledge, stipulating in its favour or in the favour of a third party a higher value than the real one at the date when the contract was closed.

The existence of damage is assessed according to the nature and goal of the contract. Damage can also exist when an underage child assumes an excessive obligation in relation to its heritage status, to the advantages it obtains by contract or to the overall circumstances.

Article 1222 refers to damage penalty and stipulates that the party whose consent was corrupted by damage can demand the annulment of the contract or the reduction of its obligations as compensation for the damage-interests it is entitled to.

The action for annulment is admitted only if the damages exceed half of the value the service performed by the injured party had at the time the contract was closed. The disproportion should subsist until the registration of the action for annulment.

III. Conclusions

The parties' will to close the juridical act by exteriorizing it is an essential condition of its validity and so is the parties` consent. Consent should fulfil the following conditions in order to consider the juridical act valid and with legal values:

- to be issued by a discerning person
- to be exteriorized
- to be issued with the intention of producing juridical effects
- not be affected by any vice of consent: mistake, fraud, violence or damage. Along with the ability to contract, a prerequisite for the validity of a civil juridical act, the parties` consent for concluding the juridical act is also of great importance. Parties should assume the legal consequences that it produces.

Thus, the following situations are considered consent flaws: mistake; fraud (cunningness); violence; damage.

Bibliography

[1] Law no.287/2009 for promoting the New Civil Code (published in the *Official Gazette of Romania* no.511 of 24.07.2009).
[2] P. Tărchilă, *Drept civil. Partea generală şi Persoanele*, Ed. Gutenberg, Arad, 2008.
[3] L. Pop, *Tratat de drept civil*, Ed. Cordial Lex, Cluj, 2011.
[4] O. Ungureanu, *Drept civil. Introducere.*, Ed. Rosetti, Bucureşti, 2009.
[5] G. Beleiu, *Drept civil,* Ed. Şansa, Bucureşti, 2010.

ADVANCE PAYMENT. LEGAL REGIME

Rada Postolache, Assoc. Prof., PhD, "Valahia" University of Târgoviște

Abstract: The performance of budget expenses is integrated to the budgetary system and composes, together with the performance of public incomes, the content of a distinct stage of it, known as budgetary execution. The actual performance of budget expenses involves a restrictive complex procedure, which is also divided into several stages and subject to a diversity of norms, both economic and legal. Yet, in order to facilitate the execution of public expenses as they were programmed and the accomplishment of public requirements, the Romanian lawmaker has provided for the possibility of the advance payment out of public funds of some amounts of money assigned to the latter. Regulated as a possibility, the advance payment out of public funds must abide by the restrictive requirements clearly instituted by the Romanian Government No. 264/2003, which delimits the actions and categories of expenses, by establishing criteria, procedures and limits for performing them. On the basis of incident regulations, legal doctrine and practice in the field, the elements mentioned above will constitute the object of our analysis within the present study, aiming to delineate the legal regime and a holistic view upon the advance payment of the expenses out of public funds.

Keywords: budgetary process, budgetary expenses, budgetary commitment, budgetary credit, justifying documents.

1. Repere introductive privind cheltuielile bugetare

Finanţele publice au în structura lor mai multe componente care au apărut şi au evoluat cu asemănări şi deosebiri fireşti de la un stat la altul, precum şi în decursul timpului, condiţionat de evoluţia trebuinţelor publice şi de posibilităţile de realizare a veniturilor publice oferite de dezvoltarea economiilor naţionale. De-a lungul timpului, în structura finanţelor publice s-au menţinut cele două componente de bază – cheltuielile şi veniturile publice, ele cunoscând cea mai bogată evoluţie.

Cheltuielile publice sunt efectuate pentru satisfacerea intereselor publice, în raport de funcţiile şi sarcinile pe care statul şi le-a asumat. Ele au un caracter programat, parcurgând traseul anevoios al procesului bugetar, supus Legii nr. 500/2002 privind finanţele publice[1] şi Legii nr. 273/2006 privind finanţele publice locale[2].

Potrivit dispoziţiilor financiare comune, cheltuielile bugetare parcurg, în procesul execuţiei, două etape: *a) administrativă*, incluzând angajarea, lichidarea şi ordonanţarea cheltuielilor bugetare, cunoscute şi ca „etape ale procesului de decizie"[3], de competenţa

[1] M.Of., partea I, nr. 597 din 13 august 2002.
[2] M.Of., partea I, nr. 618 din 18 iulie 2006.
[3] În acest sens, I. Lazăr, *Dreptul finanţelor publice. Drept bugetar*, vol. I, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013, p. 159.

ordonatorului de credite sau a persoanei împuternicite de acesta[4]; *b) contabilă* sau de plată a cheltuielilor bugetare – de stingere propriu-zisă a obligaţiei juridice asumate pe seama fondurilor publice, de competenţa conducătorului compartimentului financiar contabil[5].

Plata constituie etapa care finalizează execuţia cheltuielilor bugetare, instituţia publică fiind eliberată de obligaţiile sale faţă de terţii-creditori. Aparent simplă, plata cheltuielilor comportă un regim specific, în care fiecare sumă plătită, fiecare operaţiune căreia aceasta îi este alocată, trebuie justificată economic şi juridic. Legea specială permite şi plata în avans a cheltuielilor publice, însă, în spiritul prudenţei, limitează unele operaţiuni, instituind, totodată, veritabile garanţii cu privire la realizarea operaţiunilor în contul cărora au fost avansate sumele de bani.

Aceste aspecte vor fi analizate de noi, având ca obiectiv determinarea specificităţii regimului juridic al plăţii în avans, prin comparaţie cu regimul juridic financiar comun al acesteia, utilizând ca principal instrument de lucru legea specială şi dispoziţiile comune alocate finanţelor publice.

2. Noţiunea şi reglementarea legală a plăţii în avans

Noţiunea plăţii în avans. Regula o constituie parcurgerea, în execuţia cheltuielilor bugetare, a următoarelor etape: angajarea, lichidarea, ordonanţarea şi plata acestora. Practica bugetară relevă însă o diversitate de situaţii care se abat de la regulă, printre care şi plata anticipată sau în avans a cheltuielor bugetare, analizată în continuare.

Plăţii în avans nu i s-a alocat o definiţie normativă, dispoziţiile existente vizând cerinţele acesteia. Având ca reper dispoziţiile alocate, definim plata în avans ca etapa/operaţiunea realizată în cadrul execuţiei bugetare prin care o instituţie publică, în accepţiunea legii financiare, achită anticipat sau în avans o parte a obligaţiilor faţă de terţii săi creditori, în una sau mai multe tranşe, în limitele angajamentelor legale încheiate.

Plata în avans conferă creditorului acesteia (executant/prestator) posibilitatea de a-şi organiza activitatea - obiect al contractului, încât să îşi poată onora obligaţiile asumate faţă de instituţia publică contractantă (plătitoare).

Reglementarea legală. Temeiul juridic general al plăţii în avans îl constituie dispoziţiile art. 52 din Legea finanţelor publice nr. 500/2002; potrivit art. 52 din acest act normativ, „(8)Guvernul poate stabili prin hotărâre, la propunerea ministrului finanţelor publice, acţiunile şi categoriile de cheltuieli pentru care se pot efectua plăţi în avans de până la 30% din fondurile publice, criteriile, procedurile, precum şi limitele care se vor folosi în acest scop”.

Ca reglementare specială, avem Hotărârea Guvernului nr. 264/2003 cu privire la stabilirea acţiunilor şi categoriilor de cheltuieli, criteriilor, procedurilor şi limitelor pentru

[4] În vederea aplicării lor unitare, a fost emis Ordinul ministrului finanţelor publice nr. 1792/2002 pentru aprobarea Normelor metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanţarea şi plata cheltuielilor instituţiilor publice, precum şi organizarea, evidenţa şi raportarea angajamentelor bugetare şi legale, publicat în M.Of., partea I, nr. 37 din 23 ianuarie 2003.

[5] Pentru dezvoltări, a se vedea R. Postolache, *Drept financiar*, ediţia 2, Ed. C.H. Beck, Buucreşti, 2014, pp. 78-81.

efectuarea de plăţi în avans[6], edictată în aplicarea dispoziţiilor generale sus menţionate. H.G. nr. 264/2003 instituie condiţiile plăţii în avans din fonduri publice, învederate de noi veritabile *derogări* de la regulile generale ale efectuării cheltuielelor bugetare, totodată veritabile garanţii ale obţinerii contraprestaţiilor achitate în avans.

3. Premise ale plăţii în avans din fonduri publice

În economia legii, configurăm următoarele premise ale plăţii în avans din fonduri publice:

a) Reglementarea juridică a posibilităţii de a plăti în avans, din fonduri publice, bunul/lucrarea/serviciul contractat. Aceasta constituie o cerinţă imperativă; în absenţa acesteia, plata va urma regimul juridic comun, ce presupune existenţa „serviciului prestat", atestat documentar, cu respectarea procedurii normative.

Ca premisă normativă, avem în vedere, pe lângă reglementarea principială, statuată la art. 52 din Legea nr. 500/2002 privind finanţele publice, dispoziţiile legii speciale – Hotărârea Guvernului nr. 264/2003, Anexa 1, ce reglementează expres acţiunile şi categoriile de cheltuieli care pot fi plătite în avans.

Cheltuielile publice (de capital sau curente, după caz) sunt de o mare diversitate, potrivit nevoilor publice numeroase pe care trebuie să le acopere. Însă, potrivit legii speciale, numai anumite specii ale acestora pot fi plătite în avans, noi menţionând, cu titlu de exemplu: realizări de lucrări (de exemplu, lucrări de investiţii*;* programe, proiecte de cercetare-dezvoltare şi inovare, acţiuni cuprinse în Planul naţional, în planurile sectoriale şi alte programe de cercetare-dezvoltare, altele decât proiectele de cercetare ştiinţifică obţinute prin competiţii naţionale şi programele prin care se derulează acestea; teme şi acţiuni de cercetare ştiinţifică finanţate sub formă de proiecte sau granturi, altele decât proiectele sau granturile de cercetare ştiinţifică obţinute prin competiţii naţionale); prestări de servicii – aşa cum sunt nominalizate în anexă; îndeplinirea angajamentelor care decurg din contractele externe încheiate în baza acordurilor şi convenţiilor interguvernamentale; îndeplinirea angajamentelor care decurg din contractele privind achiziţia de bunuri şi servicii; *alte categorii* expres menţionate în Anexa 1 a legii speciale.

Aşa cum sunt reglementate, legea specială relevă limitarea sferei de aplicare a plăţii în avans din fonduri publice. Sintetic, plata în avans nu poate fi generalizată, nici lăsată la latitudinea fiecărui ordonator de credite. Este o plată anticipată legiferată ca posibilitate.

Sub aspectul beneficiarilor de avansuri din fonduri publice, dispoziţiile legii speciale se aplică oricăror persoane juridice, pentru acţiunile şi categoriile de cheltuieli finanţate din fonduri publice la care aceştia au acces, prevăzute în Anexa nr. 1, potrivit destinaţiei pentru care au fost alocate (art. 12 din H.G. nr. 264/2003);

b) Existenţa în bugetul instituţiei publice a creditelor bugetare alocate cheltuielilor supuse plăţii în avans („cheltuiala să aibă dispoziţii bugetare"). Plata în avans presupune, mai întâi, existenţa *angajamentului legal*, înţeles ca „actul sau faptul juridic, inclusiv un act normativ, o hotărâre judecătorească, din care decurg obligaţii juridice pe seama fondurilor

[6] Republicată, M.Of., partea I, nr. 109 din 5 februarie 2004, ulterior modificată, denumită de noi legea specială.

publice" (creează ori constată existenţa lor), ele putând să emane şi de la alte entităţi decât ordonatorul de credite.

Apoi, necesită *rezervarea creditului bugetar* şi indisponibilizarea lui, în vederea stingerii obligaţiei de plată ce rezultă din executarea angajamentului legal, aspect de ordin contabil (angajamentul bugetar).

Sintetic, angajarea cheltuielilor există ca o cerinţă distinctivă, instituţia publică putând să îşi asume obligaţia plăţii în avans a unei cheltuieli în condiţiile existenţei unui angajament legal şi bugetar;

c) Reglementarea expresă a plăţii în avans a cheltuielii bugetare în angajamentul legal încheiat cu creditorul avansului (actul juridic de angajare a bugetului public). Însă, pentru orice situaţie, avem doar o plată parţială în avans a cheltuielilor din fonduri bugetare, în una sau mai multe tranşe. Potrivit art. 1 alin. (3) din legea specială, „valoarea însumată a plăţilor în avans nu poate depăşi 30% din valoarea totală a contractului", cu excepţiile[7] prevăzute de lege;

d) Plata anticipată a sumelor din fonduri publice condiţionat de constituirea garanţiei de returnare a avansului de către beneficiarul acestuia [art. 5 alin. (1) H.G. nr. 264/2003].

Potrivit art. 4 H.G. nr. 264/2003, „(1)Ordonatorul de credite are obligaţia de a solicita contractorului un instrument de garantare emis în condiţiile legii de o societate bancară sau de o societate de asigurări". Obligaţia de aducere a garanţiei de restituire a avansului este prevăzută şi în angajamentul legal, sub forma unei clauze contractuale.

Mai mult, potrivit dispoziţiilor legii speciale, art. 5 alin. (1), avansul nu poate fi acordat decât după constituirea garanţiei de returnare a acestuia de către beneficiarul acestuia.

Garanţia nu este însă suficientă prin ea însăşi; legea conţine şi cerinţa îndeplinirii, de către beneficiarul avansului, a condiţiilor pentru începerea îndeplinirii obligaţiilor sale rezultate din contract. În tăcerea legii, dispoziţiile normative configurează, mai curând, o obligaţie de diligenţă pentru instituţia publică.

Garanţia însă este un act juridic distinct de contractul pe care îl însoţeşte. Pentru operativitate în executarea lor, legea specială obligă la un act juridic autonom sau independent[8], irevocabil şi necondiţionat. Autonom sau independent, actul de garanţie este supus regimului juridic instituit de Codul civil, art. 2321 („Scrisoarea de garanţie"), particularizat în cazul analizat de noi prin prisma obligaţiei asumate de garant – restituirea, în cazul încălcării obligaţiilor contractuale asumate de către beneficiarul avansului, a sumelor primite de acesta cu titlu de avans din fonduri publice.

Potrivit legii speciale, pot fi acceptate numai angajamentele de garanţie asumate de către instituţiile de credit sau societăţile de asigurare, ele prezentând mai multă credibilitate în executarea necondiţionată a aacestora.

[7] Potrivit art. 52 alin. (9) Legea nr. 500/2002, „Prin excepţie de la prevederile alin. (8), pentru proiectele de cercetare ştiinţifică obţinute prin competiţii naţionale se pot efectua plăţi în avans de maximum 90%, din fonduri publice, la începutul fiecărei etape de cercetare".

[8] A se vedea, cu privire la regimul juridic al garanţiei autonome: R. Postolache, *Unele consideraţii în legătură cu garanţiile autonome potrivit noului Cod civil,* în Revista „Dreptul" nr. 11/2011, pp. 19-35; R. Postolache, *Efectele juridice ale scrisorii de garanţie potrivit Codului civil (Legea nr. 287/2009, republicată),* în Revista „Dreptul" nr. 3/2012, pp. 33-49.

Cerinţa constituirii garanţiei nu se aplică următoarelor categorii de beneficiari de avansuri din fondurile publice: instituţiile publice; persoanele juridice fără scop patrimonial; institutele naţionale de cercetare-dezvoltare care funcţionează în coordonarea unui organ de specialitate al administraţiei publice centrale; microîntreprinderile sau întreprinderile mici, în accepţiunea legii speciale[9] care au calitatea de contractori în cadrul unor programe specifice de susţinere a cercetării-dezvoltării, inovării şi transferului tehnologic în cadrul întreprinderilor nou-înfiinţate inovatoare, pentru finanţările obţinute prin aceste programe; titularii drepturilor de autor - pentru contractele de comandă; instituţiile financiare internaţionale.

Garanţia de returnare a avansului trebuie să fie acoperitoare atât pentru recuperarea avansului acordat, cât şi pentru repararea prejudiciului adus de imobilizarea fondurilor publice (ipoteza neîndeplinirii obligaţiilor contractuale asumate de beneficiarul avansului), potrivit normelor juridice financiare[10].

4. Aspecte procedurale specifice sau derogatorii. Justificarea vansurilor

Competenţă. Ordonatorul de credite, în calitate de parte contractantă într-un contract de achiziţie publică sau într-un contract de finanţare, are dreptul să efectueze plăţi în avans către contractant, într-un procent de până la 30% din valoarea contractului. Acesta poate numi o persoană responsabilă cu evidenţierea şi justificarea avansurilor, potrivit legii.

Plăţile în avans se pot efectua într-o singură tranşă sau în mai multe tranşe periodice, în funcţie de prevederile contractuale şi în corelaţie cu graficul de îndeplinire a contractului respectiv.

Justificarea avansurilor. Potrivit dreptului bugetar *comun*, plăţile se efectuează în limita creditelor bugetare aprobate, numai pe bază de *acte justificative,* întocmite în conformitate cu dispoziţiile legale, şi numai după ce acestea au fost lichidate şi ordonanţate, cu respectarea prevederilor art. 24 („Controlul financiar preventiv propriu") şi art. 25 („Controlul financiar preventiv delegat") din Legea nr. 500/2002, precit.

În cazul plăţii în avans a cheltuielilor bugetare, asistăm la particularizarea traseului execuţiei cheltuielii bugetare. Potrivit legii, „avansurile trebuie justificate". Prin ipoteză, lipsind contraprestaţia, justificarea trebuie înţeleasă aici diferit. *Iniţial* sau într-o primă etapă (aşa numita „angajare"), avansul are drept temei dispoziţiile actului juridic care angajează instituţia publică (angajament legal), care stipulează data efectuării acestuia, cuantumul sumei şi categoria de bun/operaţiune căruia îi este alocat – toate acestea în condiţiile legii. În esenţă, aici, ordonatorul de credite urmăreşte legalitatea, necesitatea şi oportunitatea acordării avansurilor, cât şi angajarea şi respectarea utilizării sumelor în raport cu destinaţia stabilită potrivit angajamentelor legale încheiate.

Lichidarea şi ordonanţarea, ca operaţiuni de competenţa ordonatorului de credite - faze ale procesului decizional, sunt doar formale, având un conţinut diferit de cel atribuit în cazul plăţii la termen a cheltuielilor; practic, aceste etape au la bază aceleaşi elemente ca şi în cazul

[9] Legea nr. 346/2004 privind stimularea înfiinţării şi dezvoltării întreprinderilor mici şi mijlocii, publicată în M.Of., partea I, nr. 681 din 29 iulie 2004.

[10] Distinct, se pune problema răspunderii contractuale, potrivit clauzei penale asumate prin angajamentul juridic al părţilor – instituţia publică şi beneficiarul avansului (furnizor/executant/prestator).

angajării avansului. Însă, ca şi în cazul plăţii la termen, plata în avans este condiţionată de exercitarea şi acordarea vizei de control financiar preventiv (propriu sau delegat, după caz), operaţiunile trebuind ulterior reglate.

Pe aceste considerente, iniţial, avansul poate fi învederat ca o plată simplificată, mai puţin documentară.

Ulterior, după efectuare, plata avansului trebuie integrată în contextul *exigibilităţii* obligaţiei asumate de beneficiarul avansului, ce îl obligă la justificarea sumelor primite - prin contraprestaţiile datorate cantitativ şi calitativ. Justificarea sumelor avansate însă îi vizează, în egală măsură, pe cei doi – creditor şi debitor bugetar.

Obligaţii de justificare ale ordonatorului de credite. În această fază, ordonatorul de credite răspunde, potrivit art. 3 din legea specială, de: urmărirea îndeplinirii obligaţiilor contractuale de către beneficiarii de avansuri; regularizarea plăţilor; trimestrial sau la încheierea fiecărei faze prevăzute în contract, trebuie realizată regularizarea plţilor în raport cu obligaţiile asumate şi efectiv realizate de către beneficiarii de avansuri. În acest sens, la efectuarea plăţilor pentru lucrările executate, serviciile prestate şi bunurile livrate, avansurile acordate vor fi *deduse* din sumele datorate. Nu se admit plăţi efective decât după *deducerea integrală* a avansului, cu unele excepţii[11].

În cazul în care avansul se acordă în tranşe, acordarea unei noi tranşe de avans se face numai după ce avansul acordat anterior a fost *justificat integral* sau recuperat din sumele datorate.

Practic, ne intersectăm aici cu procedura instituită pentru plata la termen a cheltuielilor bugetare; justificarea avansurilor se face, de data aceasta, prin prisma documentaţiei prevăzute pentru plata la termen a obligaţiei cheltuielii bugetare, în etapa ordonanţării şi plăţii efective a sumelor datorate.

Legea specială instituie un *termen limită* până la care sumele avansate trebuie să aibă acoperire prin contraprestaţiile contractuale. În virtutea anualităţii bugetare, este instituit drept reper finele anului calendaristic. Astfel, legea obligă la recuperarea sumelor reprezentând plăţi în avans şi nejustificate prin bunuri livrate, lucrări executate şi servicii prestate, până la sfârşitul anului, în condiţiile prevederilor contractuale, potrivit prevederilor art. 52 alin. (8) din Legea nr. 500/2002 privind finanţele publice. Sumele recuperate se vor *restitui* bugetului din care au fost avansate.

În situaţia specială instituită de dispoziţiile art. 52 alin. (11) din Legea nr. 500/2002 privind finanţele publice şi ale art. 54 alin. (9^1) din Legea nr. 273/2006 privind finanţele publice locale, recuperarea sumelor reprezentând plăţi în avans şi nejustificate prin bunuri livrate, lucrări executate şi servicii prestate, se va face până cel târziu la termenul stabilit pentru *plata finală*[12].

---

[11] În acest sens, potrivit art. 6 alin. (**1^1) H.G. nr. 264/2003, „(...)**, pentru implementarea programelor, proiectelor şi acţiunilor prevăzute la art. 52 alin. (9) din Legea nr. 500/2002, cu modificările şi completările ulterioare, şi la art. 54 alin. (9^1) din Legea nr. 273/2006, cu modificările şi completările ulterioare, se admit plăţi efective pe parcursul derulării contractului, în condiţiile şi cuantumurile prevăzute în contractele încheiate cu contractorii, cu condiţia recuperării din fiecare astfel de plată a unei cote-părţi cel puţin egale cu procentul în limita căruia a fost acordat avansul, până la recuperarea integrală a acestuia.

[12] Sunt avute în vedere avansurile acordate pentru: implementarea proiectelor şi acţiunilor finanţate în cadrul Programului operaţional sectorial Transport şi a unor proiecte şi acţiuni finanţate în cadrul Programului

În ambele ipoteze, în cazul nelivrării bunurilor, neefectuării lucrărilor şi serviciilor angajate pentru care s-au plătit avansuri, recuperarea sumelor de către instituţia publică se face cu perceperea de dobânzi şi penalităţi de întârziere, sau majorări de întârziere, după caz, aplicabile pentru veniturile bugetare, calculate pentru perioada cuprinsă între data acordării şi data recuperării.

Recuperarea însă urmează regimul juridic comun al creanţelor bugetare, se face potrivit Codului de procedură fiscală şi Legii contenciosului administrativ, cu respectarea termenului legal de prescripţie extinctivă a dreptului de a stabili creanţa bugetară, de 5 ani, şi de a cere executarea acesteia, de 3 ani.

Obligaţii de justificare ale beneficiarului sumelor avansate. Potrivit art. 5 alin. (2) H.G. nr. 264/2003, „Sub sancţiunea solicitării de daune-interese, beneficiarul de avans nu are dreptul de a utiliza avansul în alt scop decât cel pentru care a fost destinat, potrivit contractului încheiat". Utilizarea în alte scopuri poate atrage şi alte forme ale răspunderii, inclusiv penală. De asemenea, el este obligat să respecte obligaţiile contractuale asumate, la termen, cantitativ şi calitativ, pentru a căror îndeplinire a primit în avans o parte a contravalorii lor.

În cazul în care recuperarea avansului acordat este programată să se efectueze în anul bugetar următor, potrivit dispoziţiilor legale, contractorul va prezenta, până la finele anului bugetar curent în care a fost acordat avansul, un deviz justificativ al cheltuielilor efectuate, prin care confirmă utilizarea conform destinaţiilor legale a avansului acordat.

De asemenea, pentru avansurile primite în cursul unui an bugetar în cadrul unor contracte multianuale contractorul este obligat ca la încheierea anului bugetar să întocmească un deviz justificativ al cheltuielilor efectuate, prin care să confirme utilizarea integrală şi potrivit destinaţiilor legale a avansului acordat

Avansurile trebuie evidenţiate şi justificate de către responsabilul numit de în acest sens, conform instrucţiunilor ordonatorului de credite.

Concluzii

Reglementarea specială instituie un regim juridic restrictiv al plăţii în avans din fonduri publice, parţial diferit de plata la termen a cheltuielilor bugetare, relevat în cele ce preced. Este o plată anticipată, legiferată ca posibilitate, însă fără a fi generalizată ori lăsată la latitudinea fiecărui ordonator de credite. Dispoziţiile normative speciale învederează restricţionarea, limitarea, garantarea şi justificarea cheltuielilor plătite în avans, instituind obligaţii atât pentru instituţia publică, cât şi pentru beneficiarul avansului din fonduri publice.

Dispoziţiile alocate relevă, înainte de orice, grija legiuitorului pentru justificarea întrebuinţării banului public, ele fiind în conexiune directă cu normele reglementând răspunderea juridică financiară.

operaţional sectorial Mediu; implementarea asistenţei financiare nerambursabile postaderare, altele decât cele anterior menţionate.

BIBLIOGRAFIE

Lazăr I., *Dreptul finanţelor publice, Drept bugetar*, vol. 1, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013

Postolache R., *Drept financiar*, ediţia 2, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2014

Postolache R., *Unele consideraţii în legătură cu garanţiile autonome potrivit noului Cod civil*, în Revista „Dreptul" nr. 11/2011, pp. 19-35

Postolache R., *Efectele juridice ale scrisorii de garanţie potrivit Codului civil* (Legea nr. 287/2009, republicată), în Revista „Dreptul" nr. 3/2012, pp. 33-49

THE LETTER OF GUARANTEE - MEANS OF ENSURING TAX LIABILITIES

Alexandru-Mihnea Găină, Assist. Prof., PhD, University of Craiova

Abstract: The framework of the legislation in the tax field (the Fiscal Code and the Fiscal Procedure Code) doesn't specifically govern the types of establishment and enforcement of the letter of guarantee in order to ensure the tax liabilities. In this respect, the letter of guarantee is generically stipulated in the content of the Art. 127 of the Fiscal Procedure Code, which limits to list the types of guarantees that can be constituted for taking the measures specified in the Art. 126 of the same final regulatory action. Also, the concept of the letter of guarantee is reflected in the content of the Orders of the Minister of Public Finance no. 1853/2011 and no. 263/2010.

The letter of guarantee is also regulated by the provisions of the Art. 2321 of the Civil Code (in force as of October 1st, 2011). Until the advent of this, the letter of guarantee was not expressly regulated by our legislation. However, the letter of guarantee was used primarily in commercial transactions as a means of guarantee on request. In this regard, the parties of the letter used the requirements in the field of guarantees on demand of the International Chamber of Commerce in Paris, namely Publication 458 until 30th of June 2010 and the Publication 758 starting with 1st of July 2010.

Keywords: letter of guarantee; guarantee on demand; independent guarantee; tax liabilities; enforced collection.

I. CONSIDERAŢII INTRODUCTIVE

1. Introducere

Scrisoarea de garanţie bancară (denumită în continuare SGB) reprezintă o formă de garanţie bancară autonomă. Aceste garanţii au apărut şi s-au dezvoltat după cel de-al doilea război mondial, ca urmare a intensificării şi globalizării schimburilor comerciale, fiind utilizate în special în cadrul raporturilor comerciale interne şi internaţionale. Ele sunt creaţia practicii bancare internaţionale şi au la bază principul libertăţii de a contracta.

În scopul unificării uzanţelor în materia garanţiilor bancare autonome, Camera Internaţională de Comerţ din Paris a elaborat mai multe Reguli Uniforme în materie, dar care nu au caracter de acte normative pentru dreptul românesc. Odată cu intrarea în vigoare a Noului Cod civil (denumit în continuare NCC), începând cu data de 01.10.2011, garanţiile autonome au fost reglementate pentru prima dată în dreptul naţional ca instituţie juridică distinctă.

În domeniul dreptului fiscal, scrisoarea de garanţie bancară a fost reglementată ca formă de garantare încă de la intrarea în vigoare începând cu 01.01.2004 a Codului de procedură fiscală (denumit în continuare CPF).

2. Obiectivele lucrării

Având în vedere reglementarea recentă şi expresă a scrisorii de garanţie (bancară), precum şi opiniile exprimate în literatura de specialitate şi jurisprudenţa naţională în domeniu, prin această lucrare vom încerca să determinăm regimul juridic şi mecanismul de aplicare al scrisorii de garanţie bancară în domeniul dreptului fiscal, precum şi problemele şi/sau lacunele legislative în materie.

3. Metodologia lucrării

Pe parcursul lucrării metodologia utilizată are caracter abstract şi se bazează pe evaluarea noţiunilor şi a conceptelor. Având în vedere obiectivele lucrării se va utiliza analiza logică.

II. NOŢIUNI GENERALE PRIVIND SCRISOAREA DE GARANŢIE BANCARĂ

1. Cadrul legal

Camera de Comerţ Internaţională de la Paris a creat primele uzanţe comerciale pentru garantarea obligaţiilor în anul 1978 când a emis Regulile Uniforme pentru Garanţii (cunoscute sub denumirea de Publicaţia 325). În anul 1995 aceeaşi instituţie a emis Regulile Uniforme privind Garanţiile la Cerere (cunoscute sub denumirea de Publicaţia 458). Acestea au fost revizuite în anul 2009 prin Regulile Uniforme privind Scrisorile de Garanţie Bancară (cunoscute sub denumirea de Publicaţia 758) care au intrat în vigoare la 01.07.2010.

Conceptul de scrisoare de garanţie bancară nu este reglementat în mod expres de Noul Cod civil. Cu toate acestea, în NCC este reglementată instituţia scrisorii de garanţie[1]. Cum aceasta reprezintă forma generică de garanţie autonomă, iar SGB este o specie a scrisorii de garanţie, apreciem că reglementarea cadru a SGB este reprezentată de dispoziţiile art. 2321 din NCC.

În legislaţia specifică dreptului fiscal instituţia scrisorii de garanţie bancară este amintită, cu titlu generic, de dispoziţiile art. 127 din Codul de procedură fiscală. Aceste prevederi legale nu fac nicio referire cu privire la regimul juridic, natura juridică, modalităţile de constituire sau efectele scrisorii de garanţie bancară.

De asemenea, cu privire la această instituţie se găsesc referiri şi în art. 148[1] din Codul de procedură fiscală, în Ordinul Ministrului Finanţelor Publice (denumit în continuare OMFP) nr. 263/2010[2] şi, respectiv nr. 1853/2011[3]. Spre deosebire de CPF în cuprinsul acestor acte normative sunt prezentate şi alte elemente referitoare la scrisoarea de garanţie bancară, precum forma, data emiterii scrisorii, valoarea şi obiectul, caracterul irevocabil şi necondiţionat etc.

[1] În acest sens a se vedea art. 2321 din NCC.

[2] Pentru detalii a se vedea Capitolul III „Dispoziţii speciale privind soluţionarea solicitărilor de rambursare", lit. C, pct. 4.2. - 4.11. din Procedura de soluţionare a deconturilor cu sume negative de taxă pe valoarea adăugată cu opţiune de rambursare aprobată prin OMFP nr. 263/2010.

[3] A se vedea art. 7 alin. 5 din Procedura de aplicare a dispoziţiilor Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 29/2011 privind reglementarea acordării eşalonărilor la plată aprobată prin OMFP nr. 1853/2011.

2. Noţiune

Pentru a defini scrisoarea de garanţie bancară, considerăm că trebuie avută în vedere definiţia legală a scrisorii de garanţie care se regăseşte în dispoziţiile art. 2321 alin. 1 din NCC potrivit cărora *scrisoarea de garanţie este angajamentul irevocabil şi necondiţionat prin care o persoană, denumită emitent, se obligă, la solicitarea unei persoane denumite ordonator, în considerarea unui raport obligaţional preexistent, dar independent de acesta, să plătească o sumă de bani unei terţe persoane, denumită beneficiar, în conformitate cu termenii angajamentului asumat.*

În literatura juridică[4] scrisoarea de garanţie bancară a fost definită în sensul că reprezintă un angajament scris asumat de o bancă (denumită banca garantă) în favoarea unei persoane (denumită beneficiar), de a plăti acesteia o sumă de bani, în cazul în care o altă persoană, denumită ordonator şi în contul căreia se emite garanţia nu a onorat o anumită obligaţie asumată printr-un contract sau a onorat-o defectuos, faţă de beneficiarul garanţiei.

Ambele definiţii[5] sunt lacunare, cel puţin din punct de vedere terminologic. Astfel, apreciem că se utilizează în mod greşit termenul (noţiunea) de *„angajament”*. Alături de alte opinii[6], considerăm că ar fi fost mai potrivit a se utiliza termenul *„contract”* pentru a se defini SGB.

Pornind de la prevederile legale menţionate şi având în vedere definiţiile doctrinare apreciem că scrisoarea de garanţie bancară este contractul încheiat între o persoană (*denumită ordonator – contribuabilul în domeniul dreptului fiscal*) şi o bancă (*denumită garant sau emitent*) prin care aceasta se obligă în mod irevocabil şi necondiţionat ca la solicitarea unei alte persoane (*denumită beneficiar – organul fiscal în domeniul dreptului fiscal*) să îi plătească acesteia din urmă o sumă de bani în cazul în care contribuabilul nu îşi îndeplineşte sau îşi îndeplineşte necorespunzător obligaţiile fiscale pentru care s-a solicitat emiterea scrisorii de garanţie bancară.

În literatura juridică specifică dreptului fiscal s-a considerat că în cazul în care scrisoarea de garanţie bancară se emite în vederea *„garantării/asigurării”* unor obligaţii fiscale, vor fi urmate regulile specifice acesteia din dreptul comun[7].

3. Natura juridică

Scrisoarea de garanţie bancară reprezintă un contract distinct de cel de fideiusiune şi nu o subspecie a acestuia. Considerăm că această calificare distinctă este confirmată şi de

[4] **M. Negruş,** *Plăţi şi garanţii internaţionale. Ediţia a III-a*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2006, p. 334.

[5] Pentru detalii privind noţiunea de (scrisoare de) garanţie bancară autonomă, a se vedea **M-L. Magdo Belu,** *Contracte Comerciale. Tradiţionale şi moderne,* Ed. Tribuna Economică, Bucureşti, 1996, p. 327; **O. Căpăţână, B. Ştefănescu,** *Tratat de drept al comerţului internaţional. Vol. II. Partea specială,* Ed. Academiei, Bucureşti, 1987, p. 113; **R.P. Vonica,** *Dreptul contractelor comerciale*, Ed. Holding Reporter, Bucureşti, 1999, p. 236; **V. Pătulea, C. Turianu,** *Garanţiile de executare a obligaţiilor comerciale,* Ed. Scripta, Bucureşti, 1994, p. 72-73.

[6] **Y. Poullet,** *Les garanties contractuelles dans le commerce international*, în Droit et pratique du commerce internationale, no. 3/1979, p. 400; **F. Eisemann,** *Arbitrage et garantie contractuelles*, în Revue de l'Arbitrage, no. 4/1972, p. 384.

[7] **D. Dascălu, C. Alexandru,** *Explicaţiile teoretice şi practice ale Codului de procedură fiscală*, Ed. Rosetti, Bucureşti, 2005, p. 351.

reglementarea garanţiilor autonome în cadrul unui capitol distinct de cel destinat fideiusiunii. De asemenea, deşi prezintă anumite asemănări, scrisoarea de garanţie bancară nu trebuie confundată cu alte instrumente şi/sau instituţii juridice din domeniul dreptului (bancar) precum promisiunea faptei altuia, stipulaţia pentru altul, asigurarea, angajamentele cambiale, acreditivul documentar, scrisoarea de confort, scrisoarea de credit *stand-by* [8].

4. Caractere

Pentru determinarea caracterelor scrisorii de garanţie bancară trebuie avută în vedere natura juridică de contract a acesteia.

a) Scrisoarea de garanţie bancară este un contract autonom (independent) întrucât prin acesta se garantează, de fapt, pentru conduita unei persoane şi nu pentru îndeplinirea obligaţiei asumată de această persoană.

Într-o opinie doctrinară, s-a considerat că scrisoarea de garanţie bancară este autonomă faţă de obligaţia principală numai din punct de vedere juridic, nu şi din punct de vedere economic[9].

În domeniul dreptului fiscal, scrisoarea de garanţie bancară este autonomă faţă raportul juridic principal de drept fiscal substanţial.

Acest caracter autonom se raportează la obligaţia primară, dintre creditorul şi debitorul fiscal, pentru a cărei executare corespunzătoare garantează banca, aceasta fiind trăsătura esenţială prin intermediul căreia garanţiile autonome se deosebesc de garanţiile personale.

O menţiune expresă cu privire la autonomia scrisorii de garanţie bancară se regăseşte şi în dispoziţiile art. 5 lit. a) ale Publicaţiei 758 care precizează că o garanţie este prin natura sa independentă *„de relaţia de bază şi de cererea de emitere, iar garantul nu este în niciun fel implicat sau obligat de această relaţie”*. Mai mult, aceleaşi prevederi menţionează că angajamentul unui garant de a plăti în cadrul garanţiei nu poate face obiectul unor reclamaţii sau contestaţii rezultate din orice alte relaţii decât relaţia dintre garant şi beneficiar.

Anterior intrării în vigoare a Noului Cod civil, în literatura juridică s-a apreciat că emiterea şi menţinerea scrisorii de garanţie reprezintă în fapt serviciul pe care banca îl prestează clientului, contra unui comision, constituind în acest sens *„obiectul”* contractului bancar, astfel încât viciile acestui contract se pot răsfrânge asupra valabilităţii scrisorii de garanţie. În consecinţă, autonomia se raportează numai la raportul juridic iniţial, primar, nu şi la raportul obligaţional preexistent[10].

b) Scrisoarea de garanţie bancară este un contract numit deoarece este reglementat de dispoziţiile art. 2321 din NCC.

c) Scrisoarea de garanţie bancară este un contract unilateral întrucât banca îşi asumă singură obligaţia de a garanta pentru conduita solicitantului şi de a plăti suma de bani către beneficiar. În literatura juridică există şi opinii care califică scrisoarea de garanţie ca fiind un act juridic unilateral, însă considerăm că sunt eronate deoarece angajamentul de plată se naşte

[8] **Z. Nedelea,** *Garanţia bancară la cerere,* Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010, p. 41-58.

[9] **I. Rucăreanu, V. Babiuc,** *Regimul juridic al garanţiilor bancare,* Institutul de Economie Mondială, Bucureşti, 1982, p. 41.

[10] **R. Rizoiu,** *Asupra unei abordări funcţionale a scrisorii de garanţie bancară, cu privire specială asupra garanţiei independente. Noţiune.,* în Curierul Judiciar nr. 5/2004, p. 111.

numai după ce beneficiarul acceptă tacit sau expres oferta băncii, acesta având posibilitatea de a o refuza[11].

d) Scrisoarea de garanţie bancară este un contract formal deoarece condiţiile şi limitele scrisorii nu se pot stabili prin raportare la obligaţia principală, fiind necesar ca acestea să rezulte din înscrisul constatator al scrisorii. De altfel, anumite opinii doctrinare consideră scrisoarea de garanţie bancară ca fiind în primul rând un înscris[12], şi apoi un contract.

e) Scrisoarea de garanţie bancară este un contract intuitu personae deoarece este netransmisibilă. Această trăsătură diferenţiază scrisoarea de garanţie bancară de efectele de comerţ[13].

f) Scrisoarea de garanţie bancară este un contract cu titlu gratuit pentru că banca nu urmăreşte obţinerea unei remuneraţii de la beneficiarul garanţiei.

g) Scrisoarea de garanţie bancară este un contract irevocabil întrucât emitentul nu poate retrage garanţia pe perioada de valabilitate..

h) Scrisoarea de garanţie bancară este un contract necondiţional deoarece obligaţia de garanţie se naşte la data emiterii scrisorii de garanţie, iar emitentul nu-şi poate asuma angajamentul sub vreo condiţie.

5. Clasificare

În funcţie de condiţiile de executare a scrisorii de garanţie bancară, aceasta poate fi de două feluri[14]: a) *necondiţionată (la prima cerere)* ceea ce presupune că beneficiarul poate cere executarea garanţiei fară a face dovada că a fost prejudiciat sau că nu a obţinut rezultatul dorit; b) *condiţionată (documentară)* ceea ce presupune că pentru a cere executarea garanţiei, beneficiarul trebuie să facă dovada că nu a obţinut rezultatul urmărit.

III. CAZURI DE CONSTITUIRE A SCRISORII DE GARANŢIE BANCARĂ ÎN DOMENIUL DREPTULUI FISCAL

Spre deosebire de raporturile de drept civil şi/sau de drept privat, în domeniul dreptului fiscal (care este o ramură de drept public), situaţiile de constituire a scrisorii de garanţie bancară sunt prevăzute de lege.

1. Constituirea scrisorii de garanţie bancară în vederea suspendării executării silite

A. Cazul prevăzut de art. 148 alin. 6-7 din Codul de procedură fiscală.

Debitorul fiscal are posibilitatea de a constitui scrisoare de garanţie bancară atunci când doreşte suspendarea executării silite pornită împotriva sa de către organul de executare

[11] **Z. Nedelea,** *op. cit.,* 2010, p. 41-58; **R. Rizoiu,** *Asupra unei abordări funcţionale a scrisorii de garanţie bancară, cu privire specială asupra garanţiei independente. Efecte.,* în Curierul Judiciar nr. 10/2004, p. 87.

[12] **A. Ion,** *Garanţiile în procedura de administrare a creanţelor fiscale*, în Curierul fiscal, nr. 6/2013, p. 287.

[13] **R. Rizoiu,** *op. cit.,* în Curierul Judiciar nr. 5/2004, p. 87.

[14] **V. Pătulea, C. Turianu,** *op. cit.,* 1994, p. 77.

fiscală[15]. În această situaţie, suspendarea executării silite se va face, la cererea debitorului fiscal[16], de către creditorul fiscal, fără intervenţia instanţei de judecată.

În acest caz, suspendarea executării silite va putea fi dispusă de creditorul fiscal, ţinând seama de motivele invocate de debitorul fiscal, numai cu privire la popririle înfiinţate de organul de executare şi care generează imposibilitatea debitorului de a-şi continua activitatea economică, cu consecinţe sociale deosebite (art. 148 alin. 6 din CPF).

Suspendarea executării silite este o măsură temporară care poate să vizeze executarea silită în tot sau în parte. De asemenea măsura suspendării se va dispune pentru o perioadă de cel mult 6 luni de la data comunicării către bancă sau alt terţ poprit a suspendării popririi de către organul fiscal (art. 148 alin. 6 din CPF).

În consecinţă, pentru a se dispune suspendarea executării silite de către creditorul fiscal trebuie îndeplinite, în mod cumulativ, următoarele condiţii:

- în procedura de executare silită să fi fost înfiinţate popriri asupra conturilor debitorului fiscal asupra creanţelor pe care le are de încasat debitorul;
- popririle care au fost înfiinţate sunt de natură a genera imposibilitatea debitorului de a-şi desfăşura activitatea economică şi au ca efect consecinţe sociale deosebite.

Cu privire la prevederile legale menţionate se ridică anumite probleme de interpretare şi aplicare.

O primă problemă este dacă se poate dispune suspendarea executării silite de mai multe ori şi pentru perioade mai mici de 6 luni, dar care însumate nu depăşesc 6 luni. Considerăm că răspunsul este afirmativ, însă debitorul fiscal are obligaţia de a îndeplini condiţiile prevăzute de lege de fiecare dată când va formula o asemenea cerere către creditorul fiscal.

O a doua problemă este ce se înţelege prin consecinţe sociale deosebite, deoarece legiuitorul nu defineşte/explicitează această sintagmă. În acest sens, apreciem că trebuie avute în vedere următoarele: numărul de salariaţi/angajaţi ai debitorului fiscal; impactul social al încetării activităţii de către debitor; posibilitatea de exercitare a dreptului la grevă al angajaţilor debitorului fiscal şi consecinţele unei asemenea măsuri; ramura economică şi specificul zonei unde debitorul fiscal îşi desfăşoară activitatea, etc.

[15] Art. 126 lit. a) din Codul de procedură fiscală.

[16] Potrivit Normelor metodologice de aplicare a art. 148 din CPF, cererea debitorului de suspendare a executării silite se depune la organul de executare în a cărui rază teritorială se află domiciliul fiscal al acestuia şi trebuie să cuprindă: a) datele de identificare a debitorului; b) solicitarea expresă a suspendării popririi conturilor bancare; c) precizarea băncilor şi a tuturor conturilor bancare deschise la acestea; d) indicarea expresă a bunurilor mobile/imobile libere de orice sarcini, aflate în proprietatea debitorului, în vederea sechestrării acestora, precum şi orice alte garanţii constituite în formele prevăzute la art. 123 din Codul de procedură fiscală, potrivit legii, de debitor sau de terţe persoane în favoarea debitorului, după caz; e) motivele invocate în susţinerea cererii. De asemenea, cererea va fi însoţită de următoarele documente: a) copii legalizate de pe actele care atestă dreptul de proprietate asupra bunurilor mobile şi imobile oferite de debitor drept garanţie în vederea sechestrării; b) dovada, în original, că bunurile oferite drept garanţie nu sunt grevate de sarcini, emisă în condiţiile legii; c) când este cazul, alte documente care atestă constituirea altor garanţii legale de către debitor sau terţe persoane. d) situaţia privind soldurile conturilor de disponibil şi/sau de depozit în lei şi în valută la data depunerii cererii; e) copie certificată de pe ultima balanţă de verificare lunară; f) situaţia analitică a creanţelor debitorului; g) orice alte documente şi date considerate utile pentru soluţionarea cererii; h) declaraţie pe propria răspundere privind cota de participare a debitorului la capitalul social al altor societăţi comerciale, capitalul social subscris şi cel vărsat

O altă problemă este neclaritatea sau confuzia pe care o poate produce textul de lege (art. 148 alin. 6 din CPF) deoarece se face referire la imposibilitatea debitorului de a-şi desfăşura activitatea economică, ceea ce poate sugera ideea că priveşte numai debitorii care desfăşoară activităţi economice, de regulă persoane juridice sau profesionişti. Considerăm că textul de lege trebuie modificat sau explicitat prin normele de aplicare în sensul că şi debitorii fiscali care nu desfăşoară activitate economică şi asupra cărora s-a început executarea silită prin poprire pot solicita suspendarea executării silite, întrucât prin menţinerea în această formă a textului de lege se creează discriminări între categoriile de debitori fiscali, ceea ce contravine principiilor de drept fiscal.

B. Cazul prevăzut de art. 148[1] din Codul de procedură fiscală.

Începând cu data de 31.08.2012 prin pct. 6 al OG nr. 16/2012 a fost introdusă o nouă situaţie de constituire a scrisorii de garanţie bancară în materia dreptului fiscal.

Şi această situaţie vizează constituirea unei scrisori de garanţie bancară pentru a se dispune suspendarea executării silite sau pentru ca aceasta să nu înceapă. Conform art. 148[1] alin. 1 din CPF, organul fiscal are obligaţia de a suspenda sau de a nu începe executarea silită împotriva debitorului fiscal care a formulat contestaţie împotriva actelor administrative fiscale[17] prin care se stabilesc creanţe fiscale dacă acesta depune la organul fiscal competent o scrisoare de garanţie bancară la nivelul obligaţiilor fiscale contestate. În acest caz, valabilitatea scrisorii de garanţie bancară trebuie să fie de minimum 6 luni de la data emiterii.

Spre deosebire de prima situaţie de constituire a scrisorii de garanţie bancară, se observă că în acest caz organele fiscale sunt obligate să suspende ori să nu înceapă executarea silită.

În situaţia în care pe perioada de valabilitate a scrisorii de garanţie bancară contestaţia este respinsă, în totalitate sau în parte, organul fiscal execută garanţia în ultima zi de valabilitate a acesteia dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiţii: a) contribuabilul nu plăteşte obligaţiile fiscale pentru care s-a respins contestaţia; b) contribuabilul nu depune o nouă scrisoare de garanţie bancară; c) instanţa judecătorească nu a dispus, prin hotărâre executorie, suspendarea executării actului administrativ fiscal potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Scrisoarea de garanţie bancară rămâne fără obiect în situaţia când contestaţia a fost admisă în totalitate sau când instanţa judecătorească admite, prin hotărâre executorie, cererea contribuabilului de suspendare a executării actului administrativ fiscal potrivit Legii nr. 554/2004.

O problemă care s-ar putea ridica în practică este ce se întâmplă dacă scrisoarea de garanţie bancară îşi pierde valabilitatea, iar contestaţia nu este soluţionată. În acest caz, apreciem că dacă debitorul nu constituie o nouă scrisoare de garanţie bancară, organele fiscale pot continua sau începe executarea silită.

[17] Pentru dezvoltări privind contestaţia împotriva actelor administrative fiscale a se vedea **A.M. Găină,** *Drept fiscal şi procedură fiscală,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2009, p. 332 şi urm.

2. Constituirea scrisorii de garanţie bancară în vederea ridicării măsurilor asiguratorii

Conform art. 130 din CPF măsurile asigurătorii se ridică, prin decizie motivată, de către creditorii fiscali, când au încetat motivele pentru care au fost dispuse sau la constituirea unei garanţii prevăzute la art. 127 din acelaşi act normativ.

Astfel, ridicarea măsurilor asiguratorii se face atunci când debitorul fiscal asupra căruia au fost instituite măsuri asiguratorii constituie scrisoare de garanţie bancară în favoarea creditorului fiscal.

Textele de lege nu menţionează cu privire la modalitatea de constituire a scrisorii de garanţie bancară sau la valabilitatea acesteia. În ceea ce priveşte modalitatea de constituire a scrisorii de garanţie bancară, apreciem că se aplică regulile de drept comun coroborate cu cele prevăzute de art. 148^1 din CPF.

O problemă care se ridică în acest caz este stabilirea duratei de valabilitatea a scrisorii de garanţie bancară. Prin similitudine cu prevederile art. 148^1 din CPF apreciem că durata de valabilitate trebuie să fie de minimum 6 luni de la data emiterii.

O altă problemă este ce se întâmplă dacă scrisoarea de garanţie bancară îşi pierde valabilitatea, iar creanţa fiscală nu a fost individualizată sau nu a ajuns la scadenţă. Considerăm că în acest caz organele fiscale au două posibilităţi. O primă posibilitate este ca anterior pierderii duratei de valabilitate a SGB creditorul fiscal să solicite debitorului fiscal prelungirea duratei de valabilitate a scrisorii de garanţie bancară. O a doua posibilitate este ca în ultima zi de valabilitate a scrisorii de garanţie bancară creditorul fiscal să solicite executarea acesteia dacă debitorul fiscal nu a prelungit valabilitatea scrisorii.

3. Constituirea scrisorii de garanţie bancară pentru asumarea obligaţiei de plată de către altă persoană prin angajament de plată

În Codul de procedură fiscală se prevede posibilitatea ca debitor al obligaţiei fiscale să devină persoana care îşi asumă obligaţia de plată a debitorului, printr-un angajament de plată sau printr-un alt act încheiat în formă autentică, cu asigurarea unei garanţii reale la nivelul obligaţiei de plată (art. 25 alin. 2 lit. d) din CPF).

Deşi acest text de lege prevede că obligaţia de plată a creanţelor debitorului asumată de o altă persoană se poate garanta numai prin constituirea unei garanţii reale (ipotecă sau gaj), apreciem că o asemenea obligaţie poate fi garantată şi printr-o scrisoare de garanţie bancară.

În argumentarea acestei soluţii apreciem că este caracterul autonom al SGB precum şi modalitatea facilă de executare a SGB. Scrisoarea de garanţie bancară trebuie să fie în concordanţă cu clauzele angajamentului de plată, în sensul că aceasta nu va putea să conţină, pentru ordonatorul acesteia clauze *„mai uşoare”* decât cele ale persoanei care s-a angajat la plata obligaţiilor fiscale. În ceea ce priveşte modalitatea de constituire a SGB se aplică regulile de drept comun în materie.

4. Constituirea scrisorii de garanţie bancară pentru acordarea înlesnirilor la plata creanţelor fiscale

Organul fiscal competent poate acorda contribuabililor înlesniri la plată constând în eşalonarea la plată a obligaţiilor fiscale, cu excepţia penalităţilor de întârziere aferente obligaţiilor fiscale eşalonate la plată sau amânarea la plată, în condiţiile legii, a penalităţilor de întârziere aferente obligaţiilor fiscale eşalonate la plată[18].

În acest sens, debitorul fiscal poate constitui scrisoare de garanţie bancară care trebuie să conţină în mod obligatoriu următoarele elemente: **a)** denumirea băncii emitente; **b)** data emiterii scrisorii de garanţie şi perioada de valabilitate a acesteia care trebuie să fie cu cel puţin 3 luni mai mare decât scadenţa ultimei rate din eşalonarea la plată; **c)** valoarea scrisorii de garanţie bancară; **d)** obiectul pentru care se eliberează scrisoarea de garanţie bancară; **e)** semnăturile autorizate conform competenţelor stabilite; **f)** angajamentul ferm al băncii emitente de a plăti suma stabilită, în mod necondiţionat şi irevocabil, la solicitarea organului fiscal.

5. Constituirea scrisorii de garanţie bancară pentru soluţionarea deconturilor cu sume negative de taxă pe valoarea adăugată cu opţiune de rambursare

Acest caz de constituire a scrisorii de garanţie vizează numai deconturile cu sume negative de taxă pe valoarea adăugată cu opţiune de rambursare şi care prezintă risc fiscal mare[19].

În acest caz, contribuabilii au obligaţia să constituie scrisoarea de garanţie bancară care trebuie să îndeplinească, cumulativ, cel puţin următoarele condiţii: **a)** să cuprindă suma maximă pe care garantul se obligă să o plătească în cazul în care obligaţiile fiscale stabilite suplimentar de inspecţia fiscală nu sunt achitate în termen, iar această sumă nu poate fi mai mică decât nivelul sumelor solicitate la rambursare prin aceste deconturi; **b)** să aibă o durată minimă de 12 luni, cu posibilitatea prelungirii duratei de valabilitate, până la finalizarea inspecţiei fiscale ulterioare; **c)** să cuprindă angajamentul garantului ca, în cazul neachitării de către garantat, în termen, a obligaţiilor fiscale stabilite suplimentar de inspecţia fiscală sau a obligaţiilor fiscale declarate de către contribuabil şi scadente pe perioada de valabilitate a scrisorii de garanţie bancară, acesta să plătească orice sumă care se încadrează în suma garantată prin scrisoarea de garanţie bancară, în termen de maximum 15 zile de la împlinirea termenului de scadenţă a creanţelor fiscale menţionate.

IV. EFECTELE SCRISORII DE GARANŢIE BANCARĂ

1. Efectele privind raporturile beneficiar (organ fiscal) - bancă

Scrisoarea de garanţie bancară îşi produce efectele numai dacă creditorul fiscal solicită, în mod expres, băncii garante să-şi execute obligaţia de a plăti[20]. De regulă, în

[18] A se vedea art. 1 din Procedura de aplicare a dispoziţiilor Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 29/2011 privind reglementarea acordării eşalonărilor la plată aprobată prin OMFP nr. 1853/2011

[19] Pentru detalii privind contribuabilii care prezintă risc fiscal mare a se vedea pct. 4.1. din Procedura de soluţionare a deconturilor cu sume negative de taxă pe valoarea adăugată cu opţiune de rambursare aprobată prin OMFP nr. 263/2010.

domeniul dreptului fiscal această obligaţie este necondiţionată şi irevocabilă, iar banca nu va putea opune beneficiarului decât excepţiile rezultate din contractul de garanţie şi nicidecum pe cele care ar rezulta din raporturile dintre beneficiar şi solicitant sau dintre bancă şi solicitant[21].

În jurisprudenţă[22] s-a admis totuşi faptul că banca poate invoca şi astfel de excepţii numai în situaţia dacă beneficiarul a săvârşit o fraudă ori un abuz considerându-se[23] în acest sens că există fraudarea băncii când beneficiarul garanţiei urmăreşte obţinerea unor sume necuvenite, când beneficiarul garanţiei cunoştea faptul că debitorul îşi executase în totalitate obligaţiile.

Caracterul autonom al SGB îşi produce efectele asupra duratei acesteia în sensul că termenele prevăzute în raportul juridic fundamental de drept fiscal nu au nicio relevanţă, beneficiarul putând solicita plata imediat ce obligaţia de garantare a băncii a devenit scadentă.

2. Efectele privind raporturile solicitant - bancă

Efectele acestor raporturi juridice se produc în mod indirect şi prezintă două componente: a) plata comisionului şi a eventualelor cheltuieli pentru executare de către solicitantul SGB către bancă; b) acordarea de către solicitant a unei contragaranţii băncii.

Comisionul se plăteşte pentru serviciile prestate de bancă şi pentru riscurile asumate de aceasta, iar pentru limitarea riscurilor, banca garantă poate încheia o contragaranţie cu o altă societate bancară sau de asigurări care este independentă de garanţia iniţială şi poate avea un obiect mai larg şi o durată mai lungă decât garanţia autonomă. Prin contragaranţie se stabileşte că contragarantul trebuie să plătească fără a pretinde băncii garante să facă dovada că a plătit.

Efectuarea plăţii de către bancă, are drept consecinţă posibilitatea băncii de a formula acţiune în regres (care este o acţiune personală) împotriva ordonatorului garanţiei putându-i solicita suma pe care a plătit-o beneficiarului, precum şi comisionul şi cheltuielile legate de executare.

În situaţia în care plata s-a făcut pentru o obligaţie stinsă, banca pierde dreptul de regres împotriva ordonatorului garanţiei.

Scrisoarea de garanţie bancară încetează potrivit regulilor de drept comun prin plată, novaţie, prescripţie, ajungere la termen, etc. şi întrucât are caracter independent faţă de raportul fundamental, SGB nu poate înceta ca urmare a aplicării regulii *accesorium sequitur principale.*

---

[20] A se vedea în acest sens Decizia nr. 1989/17.11.1988 a Tribunalului Bruxelles citată de **I. Turcu, L. Pop,** Contractele comerciale. *Formare şi executare. Introducere în teoria şi practica dreptului contractelor comerciale speciale. Vol. I. Formarea contractelor.,* Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1997, p. 206.

[21] A se vedea în acest sens **O. Căpăţână, B. Ştefănescu,** *op. cit.,* 1987, p. 113 şi **I. Turcu, L. Pop,** *op. cit.,* 1997, p. 207, precum şi Decizia din 20.12.1982 a Curţii de Casaţie a Franţei în Clunet, 1983, p. 811 şi Decizia din 16.03.1983 a Curţii de Apel din Luxemburg în Revue Trimestrielle de Droit commercial, 1983, p. 598.

[22] Decizia din 07.01.1983 a Curţii de Apel din Paris, în Dalloz Periodique, 1983, p. 304 şi Decizia din 26.04.1983 a Curţii de Apel din Paris în Revue Trimestrielle de Droit commercial, 1983, p. 263.

[23] **I. Turcu, L. Pop,** *op. cit.,* 1997, p. 207

BIBLIOGRAFIE

1. **M. Negruş,** *Plăţi şi garanţii internaţionale. Ediţia a III-a,* Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2006.
2. **M-L. Magdo Belu,** *Contracte Comerciale. Tradiţionale şi moderne,* Ed. Tribuna Economică, Bucureşti, 1996.
3. **O. Căpăţână, B. Ştefănescu,** *Tratat de drept al comerţului internaţional. Vol. II. Partea specială,* Ed. Academiei, Bucureşti, 1987.
4. **R.P. Vonica,** *Dreptul contractelor comerciale,* Ed. Holding Reporter, Bucureşti, 1999.
5. **V. Pătulea, C. Turianu,** *Garanţiile de executare a obligaţiilor comerciale,* Ed. Scripta, Bucureşti, 1994.
6. **Y. Poullet,** *Les garanties contractuelles dans le commerce international*, în Droit et pratique du commerce internationale, no. 3/1979.
7. **F. Eisemann,** *Arbitrage et garantie contractuelles*, în Revue de l'Arbitrage, no. 4/1972.
8. **D. Dascălu, C. Alexandru,** *Explicaţiile teoretice şi practice ale Codului de procedură fiscală*, Ed. Rosetti, Bucureşti, 2005.
9. **Z. Nedelea,** *Garanţia bancară la cerere,* Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010.
10. **I. Rucăreanu, V. Babiuc,** *Regimul juridic al garanţiilor bancare,* Institutul de Economie Mondială, Bucureşti, 1982.
11. **R. Rizoiu,** *Asupra unei abordări funcţionale a scrisorii de garanţie bancară, cu privire specială asupra garanţiei independente. Noţiune.,* în Curierul Judiciar nr. 5/2004.
12. **R. Rizoiu,** *Asupra unei abordări funcţionale a scrisorii de garanţie bancară, cu privire specială asupra garanţiei independente. Efecte.,* în Curierul Judiciar nr. 10/2004.
13. **A. Ion,** *Garanţiile în procedura de administrare a creanţelor fiscale*, în Curierul fiscal, nr. 6/2013.

„Această lucrare a fost finanţată din contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID 141699, cofinanţat din Fondul Social European, prin Programul Operaţional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013".

RESPONSIBILITY OF STATES FOR NOT ENFORCING THE INTERNATIONAL JURISDICTION ACT

Denisa Barbu, Assist. Prof., PhD Student, "Valahia" University of Târgoviște

Abstract: The procedure for the enforcement of international justice is a complex one, as the adaptation of the international jurisdiction act has not put a definitive end to it. The sentence of a definitive decision only opens the way towards the settlement of an international conflict, being followed by several execution procedures.

According to international issuer courts (ICJ, ECHR, ICC, ICTY, arbitrage courts), but also to the nature of the valid act issued, jurisdiction acts can be subject to different enforcement techniques, with the view to end the contentious procedure in fact.

In a broader meaning, the notion of international responsibility of the state – and a second one – the direct state having its rights transgressed, but also other states interested in the observance of the equality principle. Therefore, the new relations mentioned before impose on the state quilty for committing the illicit act the duty to make amends for the caused prejudice and the duty to bear the autorized countermeasures authorized against it according to the international public law.

Keywords: consequences of non-enforcement, decision of ICJ, execution terms, countermeasures.

Neexecutarea hotărârilor Curții Internaționale de Justiție pune în discuție eficacitatea Curții și implicit posibilitatea de înfăptuire a unei justiții internaționale și nu în ultimul rând afectează indirect abilitatea ONU de a realiza scopurile și principiile prevăzute în Cartă.[1]Unul dintre cele mai importante scopuri ale justiției internaționale este acela de a se repara integral prejudiciul cauzat prin fapte contrare normelor recunoscute de dreptul internațional.[2]

Astfel, au fost create mijloace de constrângere și sancțiuni ce pot fi luate împotriva statelor care nu respectă hotărârile Curții, pentru a nu se ajunge la situația neexecutării acestora. Acestea sunt fie modalități jurisdicționale, fie acte cu caracter politic. Aplicarea primelor este deodebit de dificilă, întrucât CIJ nu are competența de a acorda despăgubiri pentru neexecutarea hotărârii sale, însă poate interveni fie prin refuzul de a se pronunța asupra unei cereri de revizuire a unei hotărâri pronunțate de ea însăși, fie prin luarea de alte măsuri care nu afectează judecata pe fond, ori de câte ori nu sunt respectate ordonanțele date în cursul procesului. Organizația competentă în ceea ce privește sancțiunile cu caracter politic care se iau în cazul nerespectării hotărârilor CIJ, este chiar Organizația Națiunilor Unite, însă Consiliul de Securitate nefiind obligat să ia astfel de măsuri pentru neexecutarea hotărârilor CIJ.

Menționăm că nicio prevedere din Carta Națiunilor Unite nu face vreo referință expresă la măsurile concrete care urmează a fi luate în asemenea cazuri. Oare, în acest caz,

prevederile art. 94, alin. 2 pot fi coroborate cu măsurile prevăzute la art. 41 din Cartă, care arată că „ ele pot să cuprindă întreruperea totală sau parțială a relațiilor economice și a comunicațiilor feroviare, maritime, aeriene, poștale, telegrafice, prin radio și a altor mijloace de comunicație, precum și ruperea relațiilor diplomatice?”

De fapt, aceste măsuri reprezintă reacția colectivă la amenințările împotriva păcii, a unei încălcări a păcii sau a unui act de agresiune. Din aceste motive aplicarea art. 94 s-a făcut doar în trei cazuri existente până în prezent (*Compania de petrol anglo-iraniană*-Regatul Unit c. Iran), (*Acțiunile militare și paramilitare în și contra Nicaraguei*- Nicaragua c. SUA) și (*Aplicarea Convenției privind prevenirea și pedepsirea crimei de genocid*- Bosnia și Herțegovina c. Serbiei și Muntenegrului), în alte cazuri nici măcar nefăcându-se referire la ele, deoarece aplicarea acestor măsuri ar atrage intervenția unor state terțe în virtutea art. 2, alin.5, 25 și 49 din Cartă să adopte acțiuni similare. În situația creată, statul vinovat va fi supus unor presiuni de ordin politic și moral, singura soluție rezonabilă pentru asigurarea executării CIJ fiind adoptarea recomandărilor potrivit Cap. VII din Cartă și prin analogie a prevederilor art. 25 din Cartă. Adoptarea unei astfel de soluții va fi recomandabilă în mod deosebit în cauzele în care Curtea va constata existența unor încălcări grave a obligațiilor *erga omnes.*

Un rol important în asigurarea executării hotărârilor CIJ îl au și alte organizații internaționale, în acest sens, art. 48, alin. 2 din Carta ONU stabilește că măsurile necesare executării hotărârilor Consiliului de Securitate în scopul menținerii păcii și securității internaționale vor fi executate de către membrii Națiunilor Unite atât direct, cât și prin acțiunea lor în cadrul organismelor internaționale corespunzătoare din care fac parte. Spre exemplu, Constituția Organizației Internaționale a Muncii [3] stabilește în art. 33 că în cazul refuzului de a executa o hotărâre a CIJ, Consiliul de Administrație poate recomanda Organizației Internaționale a Muncii să ia măsurile necesare și rezonabile pentru a asigura conformarea cu hotărârea respectivă.

Astfel, executarea hotărârilor CIJ poate ridica probleme care ating cele mai delicate domenii ale dreptului internațional public, cât și ale dreptului Națiunilor Unite, atunci când aceste două sisteme de drept cu greu pot fi examinate separat. Cu toate că sistemul ONU este aparent mai integrat și mai instituționalizat, acesta se confruntă cu chestiuni destul de controversate, relația dintre Consiliu și CIJ făcând obiectul faimoasei controverse dintre politică și drept.

Este cert că neexecutarea hotărârilor emise de către CIJ constituie o faptă ilicită în sensul dreptului internațional public, reprezentând o încălcare a obligației convenționale și a celei cutumiare. Această încălcare este imputabilă doar statelor-părți la un diferend internațional soluționat de către CIJ. Așadar, cele două elemente ale răspunderii internaționale – imputabilitatea faptei unui subiect de drept internațional și caracterul ilicit al conduitei subiectului – își găsesc originea în situațiile neexecutării actelor jurisdicționale internaționale adoptate de CIJ.

Trebuie spus că, imputabilitatea în lumina executării hotărârilor CIJ privește obligația statului debitor de a se conforma hotărârii pronunțate, statul creditor putând să dispună liber de drepturile sale recunoscute de hotărâre. Conduita ilicită a statului poate îmbrăca forma unei

acțiuni contrare normei internaționale sau forma unei omisiuni din partea sa, în așa fel încât putem discuta de încălcări pozitive sau negative. Există și situații când hotărârile CIJ au caracter declarativ, ceea ce înseamnă că statul debitor are obligația de a se abține. Dacă statul debitor în pofida obligației de abținere, acționează contrar, conduita acestuia se consideră ilicită.

În cazul în care executarea presupune exercitarea unei acțiuni determinate, iar statul debitor se abține de la executarea obligației prescrise, el acționează în mod ilicit. De regulă, statul debitor refractar în cazul neexecutării unei hotărâri CIJ prezintă Curții motivele justificatoare ale refuzului executării, inclusiv în vederea demonstrării că nu acționat ilicit.

În unele cazuri statul debitor refuză executarea hotărârii pronunțate, motivând atitudinea pe considerente de ordin politic, subliniind aprecierea eronată/neaprecierea din partea CIJ a contextului politic complex existent și/sau scoțând în evidență conduita incorectă și inadecvată a statului creditor (spre exemplu – speța *Personalul diplomatic și consular – SUA la Teheran(* SUA c. Iranului)).

Deși neexecutarea hotărârilor CIJ este susceptibilă de explicații practice, totuși niciodată nu poate fi justificată prin prisma dreptului internațional public din simplu fapt că neexecutarea prezintă o încălcare a dreptului și angajează răspunderea statului culpabil (cu excepția situațiilor particulare de excludere a caracterului ilicit al faptei prejudiciabile).

Termenele executării actelor emise de către CIJ au legături stânse cu atitudinea statului debitor și variază în dependență de natura hotărârii pronunțate, în practică existând mai multe situații:

- statul debitor acceptă termenele hotărârii și decide să se conformeze acestora (speța *Diferendul de frontieră* –(Libia c. Ciad)) [4];
- statul debitor în baza hotărârii adoptate de CIJ inițiază negocieri cu statul creditor în vederea reglementării în termene stabilite a unor chestiuni de ordin economic, politic, tehnic, juridic și de altă natură, care vor duce spre rezolvarea definitivă a litigiului, fără a contesta autoritatea de lucru judecat. Cu toate acestea, soluția dată de state poate fi diferită de cea dată expres de către Curte (speța *Delimitarea maritimă între regiunea Groenlandei și Jan Mayen* (Danemarca c. Norvegiei))[5];
- statul debitor respinge hotărârea emisă și se abține de la executarea acesteia, iar în atare situație statul creditor poate recurge la mijloace autorizate în sensul dreptului internațional public în vederea constrângerii statului refractar să-și onoreze obligațiile impuse și să realizeze lucrul judecat (speța (*Strâmtoarea Corfu* (Marea Britanie c. Albaniei))[6];
- statul debitor la început respinge hotărârea și refuză executarea ei, ulterior modificându-și decizia, adoptă un comportament conform hotărârii pronunțate (speța *Templul din Preah Vihear* (Cambodgia c. Thailandei)).[7]

În cazul hotărârilor cu caracter declarativ, CIJ nu fixează termen pentru aplicarea hotărârii, însă în cazul hotărârilor cu caracter constitutiv sau în cazul în care realizarea hotărârii presupune acțiuni clare din partea subiecților, CIJ fixează foarte rar termene concrete în executare.

Există și situații când CIJ oferă expres statelor-părți în litigiu un termen rezonabil pentru aplicarea hotărârii emise neindicând limitele de timp fixe, acest termen presupunând o perioadă rezonabilă de care dispun efectiv părțile în vederea executării hotărârii. Noțiunea de „rezonabil" nu este definită exact în sensul teoriei dreptului reprezentând după unii doctrinari o căutare de soluție justă, acceptabilă admisibilă, convingătoare, o dorință constantă de a servi justiției.[8]

Conceptul rezonabilității apelează la ideea de proporționalitate estimabilă și se încadrează în sfera marjei de apreciere subiectivă. Acest concept este analizat prin prisma termenelor executării unei hotărâri pronunțate, presupunând o anumită flexibilitate, deoarece nu este dat un termen exact din partea jurisdicției internaționale, obligația debitorului constând în a nu depăși anumite limite ale rezonabilității. În cazul executării actelor internaționale jurisdicționale, în situația în care nu este stabilit un anumit termen pentru realizarea lucrului judecat, părțile în litigiu își permit să moduleze termenele executării actului în dependență de particularitățile speței, însă este necesar a se evita excesul în prelungire a executării într-un mod inacceptabil.

Pentru a se aprecia caracterul rezonabil al termenului de executare a unei hotărâri CIJ, ținându-se cont de particularitățile speței soluționate, trebuie avută în vedere conduita părților în litigiu, în special buna – credință a statului debitor în vederea realizării hotărârii adoptate de jurisdicție. Rezonabilitatea termenului diferă în funcție de complexitatea situației, dar și de obiectul hotărârii emise care urmează a fi executată. Astfel, același termen de executare poate fi considerat rezonabil cu privire la un diferend și nerezonabil cu referire la alt diferend deferit spre soluționare CIJ.

Flexibilitatea și latitudinea recunoscute părților de bună – credință privind rezonabilitatea executorie urmează a fi echilibrate de limite care nu pot fi depășite și care sunt proporționale condițiilor speței concrete.

În cazul unei sesizări limitate ca și solicitare adresate CIJ, hotărârea ulterior adoptată nu va acoperi ansamblul de chestiuni relative la diferend, fiind necesare negocieri complexe și de cele mai dese ori de durată, interstatale, în vederea reglementării tuturor aspectelor de bază. Spre exemplu, în cazul executării unei hotărâri de delimitare teritorială, poate fi necesar un anumit termen în vederea rezolvării deficiențelor de natură tehnică, apărute în procesul nemijlocit al demarcației frontierelor între statele vizate. În ceea ce privește eliberarea ostaticilor, hotărârea pronunțată necesită o executare rapidă și chiar urgentată. De asemenea, în situațiile când neexecutarea unui act emis de o jurisdicție internațională ar conduce la consecințe negative care pot fi ireversibile și irecuperabile (în spețe privind oprirea unui act de agresiune armată) termenele executării actului trebuie să fie restrânse luându-se măsuri prompte în acest sens.

Aplicarea de contra – măsuri în vederea executării unei hotărâri internaționale

Un stat care refuză executarea unei hotărâri adoptate de o jurisdicție internațională comite un act ilicit care îi angajează răspunderea internațională, urmând să repare prejudiciul cauzat statului creditor lezat în drepturi ca urmare a încălcării comise, deschizând prin acțiunile sale culpabile statului creditor opțiunea să recurgă la contra – măsuri în caz de neobținere a satisfacției legitime. Statelor creditoare le este întotdeauna recunoscut dreptul de

a recurge la contra – măsuri în vederea exercitării de presiuni împotriva statului debitor refractar.

Contra – măsurile se limitează la acte decise unilateral de statul lezat în vederea incitării statului culpabil de a-şi executa obligaţiile subiective ce îi revin.

Noţiunea de *contra – măsură* a apărut în anii '60 ai sec.XX, deşi conceptul acesteia nu este unul nou pentru sfera relaţiilor internaţionale. Praxiologic este demonstrat faptul că statele au utilizat măsuri unilaterale contra unei fapte internaţionale ilicite şi dirijate împotriva statului culpabil de comitere a acestei fapte încă din cele mai vechi timpuri.

Din punct de vedere tradiţional, măsurile luate unilateral de un stat ca reacţie la conduita neconformă a unui alt stat sunt de două tipuri: retorsiunile şi represaliile.

Măsurile de retorsiune constituie acţiuni exercitate de un stat ca răspuns la conduita neprietenoasă a altui stat, acţiuni care graţie naturii sale nu sunt ilegale, dar comportă un vădit caracter neprietenos. Spre exemplu, ruperea totală sau parţială a relaţiilor diplomatice şi/sau consulare, creşterea taxelor vamale, întreruperea negocierilor purtate, instaurarea unei interdicţii de import şi/sau export a anumitor categorii de mărfuri, refuzul de a acorda un împrumut etc. reprezintă măsuri de retorsiune internaţionale.

Măsurile de represalii constituie acţiuni ilicite dată fiind natura lor, dar justificate în drept ca acte de răspuns a unui stat împotriva unui act ilicit din punct de vedere al dreptului internaţional public, comis de alt stat. Aceastea pot îmbrăca forma confiscării de avere sau bunuri aparţinând statului refractar, boicotului sau embargoului total sau parţial etc. În contextul aplicabilităţii contra – măsurilor, fiecare stat suveran este judecătorul independent asupra propriilor drepturi şi puteri, iar în situaţia când un stat se consideră lezat ca urmare a comportamentului unui alt stat, el poate unilateral să decidă asupra adoptării de contra – măsuri fără ca marja sa de apreciere să fie susceptibilă unui control din partea subiecţilor terţi. Aşadar, retorsiunile şi represariile constituie măsuri coercitive adoptate în relaţiile bilaterale sau multilaterale dintre statele suverane.

Adoptarea de contra – măsuri lasă loc pentru abuz de putere, măsurile adoptate sau intenţionate a fi adoptate constituind un mijloc de realizare a *justiţiei private*, din acest motiv fiind necesară o reglementare juridică precisă şi clară a procedurilor recurgerii la contra – măsuri din partea statelor lezate în drepturi în vederea protecţiei intereselor sale legitime.

Există două concepţii vizând contra – măsurile adoptate de state creditoare lezate în drepturi în doctrina franceză. Astfel, unii autori promovează accepţiunea largă conform căreia contra – măsurile cuprind ansamblul de acţiuni de răspuns la o conduită considerată neprietenoasă licită sau ilicită, măsurile fiind de asemenea de ordin licit (retorsiunile) şi ilicit (represariile).[9]

Ceilalţi autori în concepţia minoritară, arată că aceste contra – măsuri în exclusivitate sunt măsuri de o severitate sporită precum sunt represariile.[10]

În fapt, nu este întotdeauna uşor de delimitat retorsiunile de represalii în situaţile când ele sunt nemijlocit adoptate de către un stat în cadrul unei speţe complexe. Astfel, în speţa *Persoanlul diplomatic şi consular SUA la Teheran* (SUA c. Iran) , guvernul american pe lângă măsuri care priveau domeniul retorsiunilor (ruperea relaţiilor diplomatice cu Iranul şi interdicţia aplicată resortisanţilor americani de a călători în acest stat) , a adoptat şi măsuri de

represalii blocând și resursele financiare iraniene depozitate în instituțiile bancare americane sau încercând să elibereze ostaticii agenții diplomatici cu ajutorul forței, ceea ce a constituit de fapt măsuri armate neautorizate în sensul dreptului internațional public. Alte măsuri aplicate de SUA au avut un caracter mixt: embargoul comercial privind contractele în derulare (represalii) , iar embargoul asupra tranzacțiilor ulterioare (retorsiuni) [11].

Menționăm faptul că aplicarea contra – măsurilor de către un stat lezat în drepturi și interese legitime urmărește două funcții fundamentale: protectoare și reparatorie. De asemenea, îi poate fi recunoscută funcția represivă.

1. Funcția de protecție. Un stat lezat ca rezultat al conduitei ilegale a altui stat poate adopta contra – măsuri în vederea terminării acestei conduite ilegale și protecției drepturilor sale recunoscute. Aceste măsuri vor privi protecția intereselor statului creditor așa cum au fost recunoscute în actul jurisdicțional emis și se vor referi la stoparea încălcării drepturilor acestuia de către statul culpabil.
2. Funcția de reparație. Statul creditor lezat prin recurgerea la contra – măsuri caută să stopeze comiterea faptei ilicite, în acest mod urmărind și executarea obligației de a repara prejudiciul cauzat ca urmare a comiterii acestei fapte. Despăgubirea statului creditor poate îmbrăca mai multe forme (restituirea în natură, satisfacția, indemnizația, garantarea de nerepetiție). De cele mai multe ori statul refractar contestă responsabilitatea proprie și refuză să execute obligația sa de a repara. Există totuși și situații când statul culpabil recunoaște responsabilitatea proprie și acceptă de o manieră spontană reparația consecințelor comportamentului său prejudiciabil.
3. Funcția de represiune. Funcția represivă este considerată a fi proprie contra – măsurilor îndreptate împotriva unui stat recalcitrant, deși este contestată de doctrina majoritară și susținută de adepți în minoritate[12]. Indiferent de natura măsurii adoptate de către statul creditor, aceasta conține indice care relevă caracterul punitiv al acțiunii exercitate contra statului refractar.

Recurgerea la contra – măsuri este autorizată statelor lezate nemijlocit de săvârșirea faptei internaționale ilicite, însă în unele situații adoptarea de contra – măsuri fiind autorizată și statelor terțe la diferendul internațional.

Noțiunea de stat lezat desemnează orice stat – subiect plenipotențiar al dreptului internațional public care suferă în urma unui atentat asupra drepturilor sale ca rezultat al faptei ilicite comise de către un alt stat. Astfel statul beneficiar al unui act jurisdicțional definitiv pronunțat de o instanță internațională face parte din categoria statelor lezate în drepturi, dacă debitorul actului emis refuză să își onoreze obligațiile rezultate din acel act.

Statele terțe pot recurge la contra – măsuri îndreptate împotriva unui stat recalcitrant în situația soluționării unui diferend internațional atunci când neexecutarea unei hotărâri pronunțate de CIJ constituie un act în sine de încălcare a unei obligații *erga omnes* (care privește societatea internațională la nivel global). Este cazul actelor de agresiune care amenință pacea și securitatea întregii omeniri, actelor de genocid etc. , numai în asemenea situații excepționale statele terțe pot invoca răspunderea internațională a statului debitor refractar.

Ca atare, în cazul în care obligația de a executa un act jurisdicțional internațional emis de CIJ nu influențează comunitatea internațională în ansamblul ei, statele terțe, în principiu, nu dispun de posibilitatea de a invoca responsabilitatea statului recalcitrant, nici de a adopta în mod unilateral contra – măsuri în vederea constrângerii acestuia să realizeze lucrul judecat. Există totuși o situație particulară când statele terțe se alătură statului creditor în vederea recurgerii la contra – măsuri, această situație nefiind interzisă, dar nici autorizată expres de normele imperative ale dreptului internațional public.

Contra – măsurile interzise. Întrucât statul parte la un diferend internațional dispune de opțiunea recurgerii la contra – măsuri în vederea asigurării executării unei hotărâri internaționale pronunțate în favoarea sa, el, totuși, nu este liber să aplice orice măsuri de represiune. Astfel, există reguli a căror încălcare nu poate fi justificată prin prisma normelor dreptului internațional public:

- interdicția recurgerii la forță sau la amenințare cu folosirea acesteia. Un exemplu în acest sens a fost dat de CIJ în speța *Activitățile militare și paramilitare în și contra Nicaragua* (Nicaragua c. SUA) , în care Curtea a statuat că statele nu beneficiază de dreptul de ripostă armată colectivă contra actelor care nu constituie agresiune armată. Altfel spus, doar statul victimă a agresiunii armate poate răspunde prin aplicarea forței, această situație vizând nu atât sfera contra – măsurilor, cât cea a legitimei apărări autorizate.
- interdicția măsurilor care atentează/pot atenta la obligații de excludere a întregului mecanism de reciprocitate. Acesta este cazul atingerii elementelor protejate de dreptul internațional al drepturilor omului și dreptul internațional umanitar. De asemenea, este inadmisibilă prejudicierea locațiilor arhivelor și documentelor diplomatice.
- interdicția aplicării contra – măsurilor care contravin unei norme imperative a dreptului internațional public, aceasta prin natura ei neadmițând nicio derogare. Se pot configura situații când normele în baza cărora CIJ soluționează un diferend internațional sunt imperative, astfel refuzul statului refractar de a executa obligațiile rezultate din actul jurisdicțional pronunțat constituie o derogare de la norma *jus cogens* , însă statul creditor nu poate fi autorizat să reacționeze prin contra – măsuri care ar atenta la o asemenea normă.

Așadar, contra – măsurile reprezintă mecanismele ce pot fi folosite de statul lezat în drepturi și interese legitime în vederea producerii de efecte juridice asupra statului care refuză executarea unui act jurisdicțional pronunțat și nu se conformează autorității lucrului judecat.

Deși neexecutarea unui act jurisdicțional internațional este susceptibilă unor explicații de ordin practic în special cu conotații politice, ea niciodată nu poate fi justificată prin prisma dreptului internațional public. Aceasta se datorează simplului fapt că neexecutarea unui act emis de o jurisdicție internațională prezintă în sine o încălcare a dreptului și angajează toate cazurile răspunderea internațională a statului culpabil. Statul creditor beneficiază de un ansamblu de drepturi în scopul determinării statului debitor recalcitrant să își onoreze obligațiile ce îi revin în baza actului jurisdicțional. Natura gravitatea măsurilor ce urmează a fi adoptate este în strânsă legătura cu natura diferendului care urmează a fi soluționat prin procedura de executare a actului.

BIBLIOGRAFIE

[1] Sameh Mohamed M. Amr. The Role of the International Court of Justice as the Principal Judiciar Organ of the United Nations. Hague/London/New York: Martinus Nijhoff Publishers, 2003. p.387.

[2] Voican M. ș.a. Curți Internaționale de Justiție. București: All Back 2000, p.174.

[3] Constituția Organizației Internaționale a Muncii din 1919, publicată pe http://www.ilo.org/dyn/normlex/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO (accesat la 15.11.2012).

[4] Cauza *Diferendul de frontieră* (Libia c. Ciad) , hotărârea CIJ din 3 februarie 1994, publicată pe http://www.icj-cij.org/docket/files/83/6897.pdf (accesat la 22.04.2012).

[5] Cauza *Delimitarea maritimă între Regiunea Groenlandei și Jan Mayen* (Danemarca c. Norvegia) , hotărârea CIJ din 14 iunie 1993, publicată pe http://www.icj-cij.org/docket/files/78/6743.pdf (accesat la 24.04.2012).

[6] Cauza *Strâmtoarea Corfu* (Marea Britanie c. Albaniei) , hotărârea CIJ cu privire la fixarea mărimii reparațiilor datorate din 15 decembrie 1949, publicată pe http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1662.pdf (accesat la 03.02.2012).

[7] Cauza *Templul Preah Vihear* (Cambogia c. Thailandei) , hotărârea CIJ din 15 iunie 1962, publicată pe http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4870.pdf (accesat la 17.11.2012).

[8] Legros R.L'invitation au raisonnable. În: Revue régionale de droit. Namur-Luxembourg, 1976, pp.5-13.

[9] Leben Ch.Les contre – mesures interétatique ed les réactions à l'illicite dans la société internationale. În: AFDI, 1982, pp.9 – 77.

[10] Zoller E. Quelques réflexions sur les contre – mesures en droit international public. În: Etudes offertes à L. A. Colliard. 1984, pp.361 – 381.

[11] Nguyen Q. D. , ș.a. Droit international public. Paris: LGDJ, 1999, p.918.

[12] Boisson de Chazournes L. Les contre – mesures dans les relations internationales économique. Paris: Pédone, 1992. p.40.

JUDICIAL PHILOSOPHY CONCEPTS IN WESTERN EUROPE (DURING THE 18TH AND 19TH CENTURY)

Adrian Boantă, Assistant Prof., PhD, "Petru Maior" University of Tîrgu Mureș

Abstract: During the late XVIII-th century and beginning of XIX-th century the entire Europe was denoted by the spirit of natural law, so that all "understand that there is only one law from which all others derive: natural law".

Keywords: Law, philosophy, law principles, state, rights.

1. Ecouri ale dreptului natural în Europa apuseană

În perioada corespunzătoare sfârşitului de secol XVIII şi început de secol XIX întreaga Europă era marcată de spiritul dreptului natural, pentru ca toţi „*să înţeleagă că nu există decât un singur drept din care toate celelalte derivă: dreptul natural*"[1]. Principiile şi ideile dreptului natural, ce vor influenţa şi gândirea Şcolii Ardelene se fac remarcate în opera unor jurişti şi filosofi celebrii în epocă.

C. Beccaria se remarcă prin lucrarea sa „Despre infracţiuni şi pedepse"- lucrare de drept penal şi drept procesual penal. El critică structurile feudale pornind de la teoria contractului social şi susţine că oamenii intrând în societate, prin contractul încheiat au înţeles să cedeze numai un minim din libertatea lor, individul fiind liber în continuare, iar societatea nu trebuie să se bucure decât de drepturile necesare pentru menţinerea şi ocrotirea sa. Prezentul este iraţional şi inuman, admite parazitismul, consacră violenţa, tirania, inegalitatea şi asuprirea socială. El afirmă că legile sunt creaţia unor „oameni bogaţi şi puternici", sunt „legături funeste pentru cei mai mulţi şi folositoare câtorva tirani indolenţi"[2]. Principala cauză a infracţiunilor este mizeria şi sărăcia şi formulează idei în susţinerea luptei revoluţionare. Este convins că izvorul şi temeiul legilor este raţiunea umană şi situându-se pe poziţii utilitariste consideră că pornind de la observarea „naturii umane" legile trebuie să aibă drept scop „cea mai mare fericire răspândită la cei mai mulţi"[3]. Principiile de drept penal consacrate au fost: legalitatea incriminării şi a pedepselor, egalitatea pedepselor pentru toţi cetăţenii, proporţionalitate între gravitatea faptei şi gravitatea pedepsei.

Johann Gottlieb Heinecke (1730) defineşte în lucrarea sa dreptul natural ca fiind „ansamblu de legi pe care Dumnezeu le-a promulgat pentru genul uman printr-o dreaptă judecată". Totodată insistă pentru consolidarea dreptului natural şi a jurisprudenţei, deoarece jurisprudenţa ar fi zadarnică dacă nu ar fi animată de spiritul acestui drept.

Johann Christian Wolff consideră că deoarece omul este compus dintr-un suflet şi un corp şi aşa cum ansamblu organelor noastre tinde spre conservarea corpului aşa şi raţiunea tinde spre perfecţionarea sufletului. De aici înainte, acţiunile noastre capătă o nuanţă de

[1] Paul Hazard, *„Gândirea europeană în secolul al XVIII-lea"*, Ed. Univers, Bucureşti, 1981, p.142.
[2] Cesare Beccaria, *„Despre infracţiuni şi pedepse"*, Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, 1965, p.46.
[3] *Ibidem.*

bunătate sau răutate intrinsecă: este bun ceea ce contribuie la perfecţiune, iar rău ceea ce o contrazice. Pentru ca să ne putem îndeplini obligaţiile naturale trebuie să avem facultatea de a face acel ceva fără de care nu am putea să le îndeplinim: şi de aici vine un drept fie pentru a folosi lucrurile, fie pentru a împlini anumite acte. Organizarea în stat a dat naştere la alte obligaţii pentru individ, deci a dat naştere la alte drepturi pe care le numim dreptul privat, dreptul public, dreptul oamenilor. Concepţia lui Wolff este foarte bine sintetizată în formula lui Formay, unul dintre admiratori „Natura vrea ca omul să fie cât se poate de sănătos la trup şi la minte, raţiunea vrea acelaşi lucru; presupuneţi un om în care natura şi raţiunea acţionează împreună, veţi avea un om perfect”[4].

Fr. Strube de Piermont (Cercetări noi asupra originii şi fundamentelor naturii) încearcă să răspundă la întrebarea ce sunt legile naturii? Cei mai vechi filosofi desemnau prin legile naturale ordinea eternă şi imuabilă a tuturor lucrurilor create; jurisconsulţii romani vedeau în ele instrucţiuni date de natură tuturor animalelor; cea mai mare parte a naturaliştilor le-au considerat instrucţiuni date de raţiune şi le-au limitat doar la om. Pentru Piermont secretul este altul: „orice fiinţă creată nu poate să fi fost născută decât pentru conservarea ei; o anume identitate de raţiune o obligă să se gândească şi la conservarea altora. Deci orice om trebuie să se conserve pe el însuşi, să-i conserve pe ceilalţi şi, într-un cuvânt să facă să dureze genul uman. Iată primul şi unicul şi mare principiu al legilor sau al dreptului Naturii”[5].

Francois Richer d'Aube (Eseu despre principiile dreptului şi moralei 1742) consideră că legea naturală este eternă şi universală, ea nu poate fi abrogată şi nu are nevoie de interpret fiind întipărită în toate inimile. Omul este o fiinţă materială deci tinde spre conservarea sa; este o fiinţă spirituală deci tinde spre fericirea sa. Natura, garantată de Dumnezeu, stăpân suveran al universului, este inspiratoarea acestei legi, care se confundă cu binele societăţii.

J.J. Burlamaqui (Principiile dreptului natural - 1748). Se încearcă definirea dreptului natural în strânsă legătură cu divinitatea: „prin lege naturală se înţelege o lege pe care Dumnezeu, o impune tuturor oamenilor, şi pe care ei o pot descoperi şi cunoaşte doar prin luminile raţiunii examinând cu atenţie natura şi starea lor. Tot ceea ce raţiunea recunoaşte cu certitudine ca un mijloc sigur şi eficient de a ajunge la fericire şi pe care ea îl aprobă ca atare”[6]. Dreptul divin nu se confundă însă cu dreptul natural, dar se consideră că a stat la baza acestuia, diferenţa constând în faptul că Dumnezeu se transformă în raţiune, iar raţiunea în natură, iar vechiul drept divin devine un drept natural şi raţional.

Martin Huber (Eseu despre istoria dreptului natural – 1757) numeşte drept natural sistemul sau ansamblul de reguli obligatorii pe care numai raţiune ni le prescrie pentru a ne conduce sigur la fericire. Ideea de lege naturală este incontestabil legată de natura omului, adică ea se raportează la esenţa lui, omul vrea să fie fericit, omul nu acţionează decât în vederea fericirii sale, însă pentru a-şi realiza această dorinţă, care-l stimulează fără încetare şi pentru a-şi atinge scopul pe care şi-l propune cu atâta constanţă, trebuie în mod necesar să iubească mijloacele adecvate care să-l conducă aici; de aici rezultă că omul are nevoie de

[4] Paul Hazard, *op.cit.,* p.144.
[5] *Ibidem.*
[6] *Ibidem,* pp.145-146.

câteva reguli şi acestea sunt regulile principale ale conduitei noastre, mijloacele fericirii noastre, pe care noi le numim legi naturale[7].

Gaetano Filangieri (Despre ştiinţa legilor – 1788) arată superioritatea dreptului natural în raport cu dreptul oamenilor şi afirmă că: „*simplă şi infailibilă natură cu cât îţi observ mai mult planul, cu atât îl detest pe acela al oamenilor; cu cât încerc să-l urmez pe al tău, cu atât sunt mai fericit să mă îndepărtez de al lor…*”[8]

Montesquieu (Spiritul legilor) consideră că legile în semnificaţia lor cea mai largă, sunt raporturile necesare care derivă din natura lucrurilor. Omul este o fiinţă fizică; şi ca atare este supus legilor naturii. Omul este o fiinţă inteligentă; şi ca atare avea nevoie de legi care să se potrivească naturii acestei inteligenţe. Aceste legi vor fi cele ale religiei care-l vor chema pe om la Creatorul său atunci când se va fi depărtat de el. Omul are nevoie şi de legile moralei, care-l vor confrunta cu el însuşi când îşi va fi pierdut simţul măsurii. Omul are nevoie şi de legile civile şi politice care-l vor chema la obligaţiile sale faţă de societate.

G. Vico referindu-se la societate consideră, deoarece aceasta este formată din oameni principiile sale trebuie căutate în mintea oamenilor. Este adeptul idealismului obiectiv al lui Platon şi consideră că providenţa, legile eterne ale ideilor obiective sunt forţa care conduce evoluţia vieţii sociale. Raţiunea umană la rândul ei deşi este creatoare a vieţii sociale nu reprezintă decât un reflex al legilor eterne[9]. Orice societate, orice popor străbate în dezvoltarea sa trei etape cărora le corespund trei forme de stat:

- vârsta divină căreia îi corespunde ca formă de stat teocraţia;
- vârsta eroică căreia îi corespunde ca formă de stat aristocraţia;
- vârsta maturităţii căreia îi corespunde ca formă de stat democraţia. Vico nu admite stagnarea dar teoria dezvoltării la el, presupune că se revine de unde s-a plecat pentru că dezvoltarea se face în cerc.

2. Utilitarismul, pozitivismul şi socialismul utopic

Utilitarismul este o doctrină care pleacă de la cerinţa subordonării politicii, interesului, folosului social şi individual. Utilitarismul a fost invocat de pe poziţii diferite şi cu scopuri politice diferite. Astfel, Hobbes l-a invocat pentru a fundamenta un stat absolutist îndreptat spre satisfacerea intereselor burgheziei. Locke l-a invocat pentru a susţine liberalismul şi pentru a demonstra că monarhia constituţională engleză este cea mai bună formă de guvernare, iar despotismul luminat al lui Frederic al II-lea şi Iosif al II-lea a făcut trimitere la această doctrină pentru a menţine feudalismul prin efectuarea unor reforme. Toate aceste orientări urmăreau să demonstreze că anumite interese concrete de clasă şi anumite modalităţi de promovare a lor erau utile întregii societăţi, tuturor indivizilor, utilitarismul fiind cel mai adesea utilizat pentru fundamentarea liberalismului[10].

Pozitivismul şi mai ales pozitivismul juridic este considerat mai ales după lucrările lui M.Villey una din cauzele de declin ale dreptului. Până în a doua jumătate a secolului al XVIII-lea juriştii considerau indiscutabilă teza că dreptul pozitiv îşi are temeiul în dreptul natural, degajabil cu ajutorul raţiunii. Sub influenţa codurilor napoleoniene, juriştii se limitară

[7] *Ibidem*, p.148.
[8] *Ibidem*, p.149.
[9] Gheorghe Gilescu, *„Istoria gândirii politice-juridice”*, Ed. Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 1968, p.185.
[10] *Ibidem*, p.201.

să caute sensul textelor pentru că acestea reprezentau o culme a înţelepciunii juridice şi respectarea lor era importantă pentru societate[11]. Pozitivismul juridic pleacă de la premisa că dreptul este o creaţie a statului, îşi găseşte explicaţia numai în forţa statului, că fără un stat puternic nu este posibilă existenţa drepturilor şi obligaţiilor. Normele juridice nu trebuie explicate prin explicaţii apriorice, dogmatice ci pe baze ştiinţifice, „pozitive", plecându-se de la „realităţi"[12]. După gândirea pozitivistă sarcina dreptului nu constă în a spune justul, eventual chiar împotriva legilor în vigoare, ci doar în a menţine coerenţa legilor pozitive emanate de la stat. Această doctrină poate fi criticată deoarece neutralizează dreptul, duce la anexarea sa politică, rupe dreptul de realităţile sociale şi presupune că dreptul pozitiv nu trebuie să fie pus în discuţie sub aspectul conformităţii sale cu bine şi răul. Pozitivismul militează pentru realizarea unităţii pe plan social şi lichidarea drepturilor individuale „Pozitivismul nu recunoaşte nimănui un alt drept decât acela de a-şi îndeplini permanent datoria sa… Pozitivismul nu admite niciodată decât datorii la toţi către toţi, orice drept uman este tot atât de absurd pe cât este de imoral"[13].

Socialismul utopic în prima jumătate a secolului al XIX-lea Saint-Simon porneşte de la teza că instituţiile unui popor nu sunt decât consecinţele ideilor sale. În concepţia sa revoluţia franceză a fost rezultatul inevitabil, al unei contradicţii între ideile dezvoltate şi instituţiile sociale retrograde. Consideră că un rol important în cadrul relaţiilor politice îl au relaţiile de proprietate: „*Nu există schimbare în ordinea socială fără o schimbare în proprietate*"[14]. Militează pentru menţinerea inegalităţii între oameni susţinând că aceasta este binefăcătoare şi consideră, convins fiind de progresul social, că vârsta de aur se află înainte şi nu în urma noastră[15].

Fourier s-a străduit să demonstreze că societatea este în continuă mişcare, că a străbătut în dezvoltarea ei mai multe trepte de dezvoltare economică şi că fiecare perioadă îşi împleteşte trăsăturile proprii cu cele ale perioadei inferioare şi superioare. Întemeindu-se pe tezele contractului social, el a susţinut că „civilizaţia nesocoteşte primul drept al omului, dreptul la viaţă[16]. Fără respectarea acestui drept nu poate exista contract social, ci numai o asociaţie a minorităţii celor avuţi îndreptată împotriva majorităţii lipsită de strictul necesar[17].

Owen este reprezentantul cel mai de seamă al socialismului utopic englez. Scopul său este reprezentat de constituirea unei noi societăţi în care să se realizeze condiţiile domniei absolute a raţiunii. El a plecat de la teza că omul este o creaţie a condiţiilor exterioare existente înainte şi după naşterea sa, iar caracterul lui nu este format de el, ci pentru el de către societate. De aceea societatea este vinovată de toate rătăcirile, viciile şi crimele săvârşite de oameni. El consideră că transformarea societăţii se poate face pe baza raţiunii atotputernice pentru că oamenii, prin natura lor sunt creaţi pentru fericire. Noua societate trebuie să se

[11] Gheorghe Mihai, *„Prelegeri de filosofia dreptului – o perspectivă renautiană"*, Ed. Mirton, Timişoara, 2003, p.56.
[12] Gilescu Gh., *op.cit.*, p.205.
[13] *Ibidem*, p. 206.
[14] Saint-Simon, Fourier, Owen, *„Colecţia texte filozofice"*, Ed. Academiei, Bucureşti, 1957, p.112.
[15] Gilescu Gh., *op.cit.*, p.209.
[16] Gh. Mihai, *op.cit.*, p. 65.
[17] Gilescu Gh., *op.cit.*, p.212.

realizeze pe baza colaborării între clase, evitându-se violenţele, fără acţiuni politice şi fără cucerirea sau folosirea puterii de stat[18].

BIBLIOGRAFIE

1. Paul Hazard, *„Gândirea europeană în secolul al XVIII-lea”*, Ed. Univers, Bucureşti, 1981.
2. Cesare Beccaria, *„Despre infracţiuni şi pedepse”*, Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, 1965.
3. Gheorghe Gilescu, *„Istoria gândirii politice-juridice”*, Ed. Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 1968.
4. Gheorghe Mihai, *„Prelegeri de filosofia dreptului – o perspectivă renautiană”*, Ed. Mirton, Timişoara, 2003
5. Saint-Simon, Fourier, Owen, *„Colecţia texte filozofice”*, Ed. Academiei, Bucureşti, 1957.

[18] *Ibidem*, pp. 213-214.

PRECAUTIONARY SEIZURE PROVIDED BY THE FISCAL PROCEDURE CODE – PRECAUTIONARY MEASURE OR LEGAL MORTGAGE

Alexandru-Mihnea Găină, Assist. Prof., PhD, University of Craiova

Abstract: Precautionary seizure on movable and/or immovable assets property of the tax debtor is established when there is a risk that he may avoid, hide or dissipate his patrimony, endangering or hindering significantly collecting tax debts.
The seizure can be done before or after individualization of the tax debts according to administrative procedures provided by the Order of the President of the National Agency for Fiscal Administration No 2605/2010. If unpaid to due date the precautionary seizure becomes by default an executory measure.
Precautionary seizure is established through a decision of the fiscal institution that is subject to the formalities of advertising in the public registers for movable and immovable property.
Against this decision, the fiscal debtor or any other interested person can formulate an enforcement appeal.

Keywords: precautionary seizure; legal mortgage; precautionary measure; executory measure; enforcement appeal.

CONSIDERAŢII INTRODUCTIVE

1. Introducere

Cadrul legal comun pentru măsurile asiguratorii este reprezentat de dispoziţiile Noului Cod de procedură civilă (denumit în continuare NCPC).

Având în vedere specificitatea raporturilor de drept fiscal, legiuitorul a înţeles să reglementeze în mod special măsurile asiguratorii în procedura fiscală prin includerea unor reglementări specifice în cuprinsul Codului de procedură fiscală (denumit în continuare CPF). Alături de poprirea asiguratorie, sechestrul asiguratoriu asupra bunurilor contribuabililor reprezintă tipurile de măsuri asiguratorii pe care organele fiscale le pot institui. Ele prezintă o importanţă majoră în procedura de colectare a creanţelor fiscale deoarece prin intermediul lor se asigură o eficienţă crescută a executării silite a creanţelor fiscale.

2. Obiectivele lucrării

Având în vedere prevederile legale în domeniu, şi opiniile exprimate în literatura de specialitate şi jurisprudenţa, prin această lucrare vom încerca să determinăm regimul juridic şi mecanismul de instituire a sechestrului asiguratoriu în domeniul dreptului fiscal, precum şi problemele şi/sau lacunele legislative.

3. Metodologia lucrării

Din punct de vedere al metodologiei utilizate vom avea în vedere caracterul abstract al noţiunilor şi conceptelor. Prin raportare la obiectivele lucrării se va încerca evaluarea noţiunilor şi a conceptelor pe baza analizei logice.

4. Structura lucrării

Lucrarea este strucurată în patru secţiuni. Prima secţiune are caracter introductiv şi prezintă importanţa temei, obiectivele studiului, metodologia utilizată şi structura lucrării. În cea de-a doua secţiune sunt prezentate aspecte generale referitoare la natura juridică a sechestrului asiguratoriu şi a ipotecilor legale şi are rolul de a pregăti şi încadra logico-juridic tema lucrării. A treia secţiune a lucrării prezintă consideraţii teoretice cu privire la condiţiile, procedura şi efectele instituirii sechestrului asiguratoriu. În secţiunea finală a lucrării sunt prezentate concluziile argumentate care rezultă din studiul temei.

II. NOŢIUNI GENERALE PRIVIND SECHESTRUL ASIGURATORIU

1. Cadrul legal

Reglementarea cadru a sechestrului asiguratoriu în materia dreptului fiscal este reprezentată de dispoziţiile art. 129-130 din Codul de procedură fiscală. Aplicarea şi/sau instituirea efectivă a măsurilor asiguratorii în domeniul fiscal este prevăzută de legislaţia secundară în materie, respectiv Ordinul Preşedintelui Agenţiei Naţionale de Administrare Fiscală (denumit în continuare OPANAF) nr. 2605/2010 prin care a fost aprobată Procedura de aplicare efectivă a măsurilor asiguratorii prevăzute de Ordonanţa Guvernului nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală.

2. Noţiune

a) Sechestrul asiguratoriu

Noţiunea de sechestru asiguratoriu în domeniul dreptului fiscal este similară noţiunii de sechestru asiguratoriu reglementată de dreptul comun, în speţă de Codul de procedură civilă. Diferenţele dintre cele două noţiuni se regăsesc în ceea ce priveşte mecanismul de instituire şi/sau aplicare a acestora, dar fără a se crea delimitări în ceea ce priveşte conceptul.

Sechestrul asiguratoriu este o formă de măsură asiguratorie[1] (care reprezintă un mijloc procesual fiscal şi/sau civil) prin intermediul căreia se indisponibilizează de către creditorul fiscal bunurile urmăribile mobile şi imobile ale debitorului fiscal[2].

În literatura de specialitate[3] s-a considerat că sechestrul asiguratoriu reglementat de CPF este asemănător cu instituţia sechestrului asiguratoriu prevăzută de dispoziţiile art. 907-908 din Codul comercial (în prezent abrogat începând cu 01.10.2011 prin Noul Cod civil).

---

[1] Pentru dezvoltări privind definiţia măsurilor asiguratorii a se vedea **M. Tăbârcă, Gh. Buta,** *Codul de procedură civilă. Comentat şi adnotat cu legislaţie, jurisprudenţă şi doctrină. Ediţia a II-a revăzută şi adăugită.,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2008, p. 1534.

[2] **M. Stancu,** *Codul de procedură fiscală. Comentarii şi explicaţii.,* Ed. All Beck, Bucureşti, 2005, p. 188.

[3] **H. Sasu, L. Ţâţu, D. Pătroi,** *Codul de procedură fiscală. Comentarii şi explicaţii.,* Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 368.

b) Ipoteca legală

Codul civil defineşte ipoteca în mod larg ca fiind un drept real asupra bunurilor mobile sau imobile afectate executării unei obligaţii[4].

Ipoteca poate fi convenţională sau legală. Ipoteca are caracter convenţional atunci când se naşte ca urmare a convenţiei părţilor. Caracter legal al ipotecii există atunci când se naşte în virtutea unor dispoziţii legale speciale.

Pornind de la definiţia legală şi de la opiniile doctrinare exprimate cu privire la noţiunea de ipotecă[5], considerăm că o definiţie exactă a ipotecii este că aceasta reprezintă un drept real accesoriu, născut din contract sau din lege, asupra unui bun mobil sau imobil afectat de către debitor sau de o terţă persoană în scopul garantării executării unei obligaţii civile sau de altă natură, prin care se conferă creditorului principal dreptul de a urmări bunul şi de a-l lua în posesie sau în plată din mâinile oricărei persoane, precum şi dreptul de a-l vinde sau de a-l scoate la vânzare şi de a fi preferat, în acest din urmă caz, la distribuirea preţului potrivit rangului creanţei sale, dacă debitorul principal nu-şi execută obligaţia asumată.

c) Delimitări între sechestrul asiguratoriu şi ipoteca legală

Din definiţiile enunţate, apreciem că principala diferenţă între cele două instituţii juridice constă în faptul că ipoteca legală conferă în mod expres anumite drepturi creditorului ipotecar, în vreme ce sechestrul asiguratoriu nu creează în favoarea creditorului aceste drepturi, ci doar îl asigură pe acesta că îşi va putea executa drepturile conferite prin alte mijloace şi/sau instituţii juridice. În acest sens, se poate aprecia că sechestrul asiguratoriu are funcţia de a proteja anumite drepturi ale creditorului care la momentul instituirii acestuia pot fi chiar drepturi *„virtuale”* sau inexistente.

3. Obiectul

Obiectul sechestrului asiguratoriu este reprezentat de bunurile mobile şi/sau imobile proprietatea exclusivă a debitorului fiscal. În situaţia în care aceste bunuri nu acoperă în integralitate valoarea creanţei fiscale, sechestrul se poate institui şi asupra bunurilor aflate în proprietatea comună a debitorului fiscal şi a terţelor persoane. În consecinţă, sechestrul se va institui asupra cotei ideale a dreptului de proprietate aparţinând debitorului fiscal.

Instituirea sechestrului asiguratoriu asupra bunurilor proprietate a debitorului se efectuează, de regulă, în limita a 150% din valoarea creanţei estimate şi/sau stabilite. Pentru estimarea valorii bunurilor mobile şi imobile proprietate a debitorului ce vor face obiectul sechestrului, se vor avea în vedere următoarele: **a)** valoarea de inventar a bunurilor din contabilitatea debitorului; **b)** valoarea estimată direct de către organul de executare prin metoda comparativă; **c)** pentru bunurile imobile, valoarea rezultată din expertizele actualizate privind valoarea de circulaţie a bunurilor imobile utilizate de Camera Notarilor Publici.

[4] Art. 2343 din NCC

[5] Pentru dezvoltări privind noţiunea de ipotecă mobiliară şi/sau imobiliară a se vedea **C. Stătescu, C. Bârsan,** *Drept civil. Teoria generală a obligaţiilor. Ediţia a IX-a, revizuită şi adăugită.*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2008, p. 440; **R.I. Motica, E. Lupan,** *Teoria generală a obligaţiilor,* Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2005, p. 301; **R. Rizoiu,** *Încercare de (re)definire a garanţiei reale mobiliare,* în Pandectele Române nr. 4/2004, p. 178; **L. Mocanu,** *Garanţiile reale mobiliare,* Ed. All Beck, Bucureşti, 2004, p. 30-31; **F. Ciutacu,** *Garanţiile de executare a obligaţiilor. Garanţiile personale şi garanţiile reale,* Ed. Themis Cart, Bucureşti, 2006, p. 528-529.

Pe cale de excepţie, apreciem că limita valorii bunurilor sechestrate de 150% din valoarea creanţei estimate şi/sau stabilite nu va putea fi depăşită decât în situaţia în care bunurile asupra cărora se instituie sechestrul asiguratoriu sunt bunuri indivizibile atât din punct de vedere juridic, cât şi din punct de vedere economic.

De asemenea, având în vedere efectele sechestrului asiguratoriu şi categoriile de bunuri pe care le poate deţine debitorul, instituirea sechestrului se va putea face asupra oricăror bunuri, dar respectându-se următoarea ordine: a) bunuri care nu sunt nemijlocit predestinate desfăşurării activităţii care constituie principala sursă de venit; b) bunuri mobile şi imobile care nu sunt direct folosite în activitatea ce constituie principala sursă de venit a contribuabilului; c) bunurile mobile şi imobile care se află temporar în deţinerea altor persoane în baza contractelor de arendă, de împrumut, de închiriere, de concesiune, de leasing şi altele; d) ansamblu de bunuri în condiţiile prevederilor art. 158 CPF; e) maşini-unelte, utilaje, materii prime şi materiale şi alte bunuri mobile, precum şi bunuri imobile ce servesc activităţii care constituie principala sursă de venit; f) produse finite; i) bunuri perisabile sau supuse degradării.

III. CONDIŢIILE, PROCEDURA DE INSTITUIRE ŞI EFECTELE SECHESTRULUI ASIGURATORIU

1. Condiţii de instituire

Condiţiile de instituire a sechestrului asiguratoriu în materie fiscală sunt prevăzute de dispoziţiile art. 129 alin. 2-3 din CPF care prevăd că: „ **(2)** *Se dispun măsuri asigurătorii sub forma popririi asigurătorii şi sechestrului asigurătoriu asupra bunurilor mobile şi/sau imobile proprietate a debitorului, precum şi asupra veniturilor acestuia, când există pericolul ca acesta să se sustragă, să îşi ascundă ori să îşi risipească patrimoniul, periclitând sau îngreunând în mod considerabil colectarea.* **(3)** *Aceste măsuri pot fi luate şi înainte de emiterea titlului de creanţă, inclusiv în cazul efectuării de controale sau al antrenării răspunderii solidare. Măsurile asigurătorii dispuse atât de organele fiscale competente, cât şi de instanţele judecătoreşti ori de alte organe competente, dacă nu au fost desfiinţate în condiţiile legii, rămân valabile pe toată perioada executării silite, fără îndeplinirea altor formalităţi. Odată cu individualizarea creanţei şi ajungerea acesteia la scadenţă, în cazul neplăţii, măsurile asigurătorii se transformă în măsuri executorii*”.

Din analiza acestor texte de lege, apreciem că pentru instituirea sechestrului asiguratoriu trebuie îndeplinite, următoarele condiţii[6]: a) creanţa fiscală să fie constatată printr-un titlu de creanţă; b) creanţa fiscală să nu fie scadentă; c) să existe pericolul ca debitorul fiscal să se sustragă, să îşi ascundă ori să îşi risipească patrimoniul, iar prin activitatea sa, debitorul să pericliteze sau să îngreuneze în mod considerabil colectarea creanţelor fiscale.

[6] Pentru detalii privind condiţiile de instituire a sechestrului asiguratoriu a se vedea Curtea Supremă de Justiţie, secţia comercială, Decizia nr. 77/1995 şi Curtea Supremă de Justiţie, secţia comercială, Decizia nr. 427/1996

Cu privire la prima condiţie (creanţa fiscală să fie constatată printr-un titlu de creanţă), deşi aceasta nu este prevăzută în mod expres de textul de lege, în doctrină[7] s-a arătat că această condiţie trebuie îndeplinită din mai multe motive. Un prim motiv este determinat de faptul că acţiunea de colectare a creanţelor fiscale se desfăşoară în temeiul unui titlu de creanţă fiscală. Un alt motiv este determinat de faptul că prin titlul de creanţă fiscală se dobândeşte caracterul cert şi lichid al creanţei. În fine, un al treilea motiv este determinat de faptul că de la data emiterii titlului de creanţă fiscală organul fiscal dobândeşte dreptul de a colecta creanţa. Această condiţie nu trebuie îndeplinită în toate cazurile. În mod excepţional organul fiscal poate dispune instituirea sechestrului asiguratoriu şi în cazul în care titlul de creanţă fiscală nu a fost emis.

Referitor la cea de-a doua condiţie (creanţa fiscală să nu fie scadentă), trebuie precizat faptul că raţiunea reglementării măsurilor asiguratorii este tocmai lipsa scadenţei creanţei, deoarece la momentul scadenţei creanţelor fiscale titlul de creanţă devine titlu executoriu şi, în consecinţă, se poate începe executarea silită.

În ceea ce priveşte cea de-a treia condiţie (existenţa pericolului ca debitorul fiscal să se sustragă, să îşi ascundă ori să îşi risipească patrimoniul) trebuie ca prin aceasta să se pericliteze ori să se îngreuneze colectarea creanţelor fiscale. În consecinţă, apreciem că sarcina probei în ceea ce priveşte periclitarea sau îngreunarea activităţii de colectare în mod considerabil revine organelor fiscale care apreciem cătrebuie să efectueze o minimă cercetare cu privire la activitatea şi comportamentul debitorului fiscal.

2. Procedura de instituire

Instituirea sechestrului asiguratoriu se face prin decizie motivată a organelor fiscale. Decizia de instituire a sechestrului se emite în baza unui referat[8] justificativ al măsurilor asigurătorii care se întocmeşte de organul de control şi se avizează de conducătorul unităţii.

Decizia trebuie motivată şi semnată de conducătorul organului fiscal competent se comunică debitorului fiscal în ziua emiterii sau cel târziu în ziua următoare şi îşi produce efectele de la data comunicării[9] către debitorul fiscal.

---

[7] **M. Stancu,** *op. cit.,* Ed. All Beck, Bucureşti, 2005, p. 190.

[8] Conform pct. 5.6 din Anexa nr. 1 „Procedura de aplicare efectivă a măsurilor asigurătorii prevăzute de Ordonanţa Guvernului nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală" la OPANAF nr. 2605/2010 referatul justificativ trebuie să conţină următoarele elemente minimale: a) datele de identificare ale contribuabilului; b) temeiul de drept; c) prezentarea stării fiscale de fapt a contribuabilului, constatată în urma documentării şi/sau a unei inspecţii fiscale ori ca urmare a cercetării la faţa locului; d) cuantumul obligaţiilor bugetare restante/stabilite în urma inspecţiei fiscale/controlului vamal ulterior/estimate sau care urmează a se stabili prin inspecţie fiscală/control vamal ulterior sau pentru care s-a dispus/urmează să se dispună atragerea răspunderii solidare ori cuantumul obligaţiilor bugetare stabilite prin titluri de creanţă care nu au ajuns la scadenţă; e) activele patrimoniale asupra cărora pot fi instituite măsurile asigurătorii; f) motivarea necesităţii dispunerii măsurilor asigurătorii, în sensul indiciilor sau pericolului ca debitorul să se sustragă, să îşi ascundă ori să îşi risipească patrimoniul, periclitând sau îngreunând în mod considerabil colectarea, ţinând cont şi de istoria comportamentului fiscal al contribuabilului, al reprezentanţilor legali şi al asociaţilor/acţionarilor majoritari (mod de declarare şi plată, situaţii de atragere a răspunderii solidare, situaţii de insolvenţă sau de insolvabilitate etc.).

[9] Pentru dezvoltări cu privire la modalităţile de comunicare a actelor administrative fiscale a se vedea **M. Şt. Minea, C. F. Costaş,** *Dreptul finanţelor publice. Vol. II. Drept fiscal.,* Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti, 2008, p. 419-420.

Împotriva actelor prin care se dispun şi se duc la îndeplinire măsurile asigurătorii cel interesat poate face contestaţie la executare[10] conform dispoziţiilor art. 172 din Codul de procedură fiscală.

Sechestrul asiguratoriu se ridică prin decizie a organului fiscal în situaţia în care au încetat motivele pentru care a fost instituit sau când debitorul fiscal a constituit în favoarea creditorului o garanţie în conformitate cu prevederile art. 127 din Codul de procedură fiscală.

3. Efecte

Instituirea sechestrului asiguratoriu are ca efect indisponibilizarea bunurilor mobile şi/sau imobile proprietatea exclusivă a debitorului fiscal sau proprietatea comună a acestuia cu terţe persoane.

Dispoziţiile art. 129 alin. 8 din Codul de procedură fiscală prevăd că în cazul înfiinţării sechestrului asigurătoriu asupra bunurilor imobile, un exemplar al procesului-verbal întocmit de organul de executare se comunică pentru înscriere Biroului de carte funciară. Efectul înscrierii sechestrului în registrele de publicitate imobiliară este opozabilitatea sechestrului faţă de terţii care vor dobândi ulterior vreun drept asupra bunurilor respective, iar actele de dispoziţie efectuate ulterior înscrierii sunt lovite de nulitate absolută.

Considerăm că textul de lege este greşit deoarece actul în baza căruia se indisponibilizează bunurile sechestrate este reprezentat de decizia de instituire şi nu de procesul-verbal şi că ar fi fost mai potrivit să se prevadă că se comunică pentru înscrierea în registrele de publicitate fie doar decizia de instituire, fie decizia şi procesul-verbal.

Cu privire la sancţiunea nulităţii absolute a actelor de dispoziţie ulterioare înscrierii, apreciem că este excesivă deoarece riscurile se transferă de la debitorul fiscal către dobânditorul bunului, fără ca prin aceasta să se piardă efectele sechestrului. Un argument în acest sens îl reprezintă prevederile art. 129 alin. 3 teza a II-a potrivit cărora, odată cu individualizarea creanţei şi ajungerea acesteia la scadenţă, în cazul neplăţii, măsurile asiguratorii se transformă în măsuri executorii. Ori, cum sechestrul instituit în procedura de executare silită reprezintă ipotecă legală în sensul Noului Cod civil cu toate drepturile ce decurg din aceasta, apreciem că sancţiunea nulităţii absolute este excesivă, mai ales având în vedere că riscul este al cumpărătorului. Această soluţie, bineînţeles că nu înlătură cauzele de nulitate absolută prevăzute de dreptul comun pentru un act de dispoziţie.

IV. CONCLUZII

În considerarea celor menţionate, concluzia principală care rezultă din prezentul studiu este că între sechestrul asiguratoriu din domeniul procedurii fiscale şi ipotecile legale există diferenţe în ceea ce priveşte natura juridică. În acest sens, trebuie arătat că sechestrul asiguratoriu reprezintă doar un mijloc procesual, în vreme ce ipoteca legală reprezintă un veritabil drept real.

Cu privire la modalitatea de instituire/constituire a sechestrului asiguratoriu şi a ipotecii legale nu există diferenţe majore, ambele instituindu-se prin simpla manifestare a

[10] Pentru detalii privind contestaţia la executare împotriva măsurilor asiguratorii a se vedea **D. Dascălu,** *Tratat de contencios fiscal,* Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2014, p. 860 şi urm.

unuia dintre subiecţii raportului de drept fiscal, în speţă creditorul fiscal, debitorul fiind nevoit să apeleze la instanţa de judecată pentru desfiinţarea acestora, având la dispoziţie calea contestaţiei la executare.

Referitor la efectele pe care le produce sechestrul asiguratoriu şi ipoteca legală acestea sunt diferite şi rezultă din natura juridică a celor două instituţii. Cu toate acestea, în ceea ce priveşte eficienţa economică a celor două instituţii, apreciem că aceasta este aproape identică, deoarece prin intermediul acestora se asigură un grad ridicat de protecţie a drepturilor creditorului fiscal.

BIBLIOGRAFIE

1. **M. Tăbârcă, Gh. Buta,** *Codul de procedură civilă. Comentat şi adnotat cu legislaţie, jurisprudenţă şi doctrină. Ediţia a II-a revăzută şi adăugită.,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2008.
2. **M. Stancu,** *Codul de procedură fiscală. Comentarii şi explicaţii.,* Ed. All Beck, Bucureşti, 2005.
3. **H. Sasu, L. Ţâţu, D. Pătroi,** *Codul de procedură fiscală. Comentarii şi explicaţii.*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008.
4. **C. Stătescu, C. Bârsan,** *Drept civil. Teoria generală a obligaţiilor. Ediţia a IX-a, revizuită şi adăugită.*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2008.
5. **R.I. Motica, E. Lupan,** *Teoria generală a obligaţiilor, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2005*.
6. **R. Rizoiu,** *Încercare de (re)definire a garanţiei reale mobiliare,* în Pandectele Române nr. 4/2004.
7. **L. Mocanu,** *Garanţiile reale mobiliare,* Ed. All Beck, Bucureşti, 2004.
8. **F. Ciutacu,** *Garanţiile de executare a obligaţiilor. Garanţiile personale şi garanţiile reale,* Ed. Themis Cart, Bucureşti, 2006.
9. **M. Şt. Minea, C. F. Costaş,** *Dreptul finanţelor publice. Vol. II. Drept fiscal.,* Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti, 2008.
10. **D. Dascălu,** *Tratat de contencios fiscal,* Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2014.

„Această lucrare a fost finanţată din contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID 141699, cofinanţat din Fondul Social European, prin Programul Operaţional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013”.

NOVELTY AND ORIGINALITY

Alin Speriusi-Vlad, Assist. Prof., PhD, Postdoc Researcher, West University of Timișoara

Abstract: Currently in all legal systems, both in the continental ones and in the legal system of the United Kingdom after the Football DataCo v. Yahoo UK Ltd. case law and in the American legal system after the Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co. case law, the notion of originality has a homogeneous content, being understood and applied in the same way. No legal system has questioned the objective side of originality afforded by novelty to the protected intellectual creation. The divergent element is represented by the subjective element, which consists of the author's personal contribution. The existence of this element has never been, also, denied, even by the most reluctant to the originality concept, as it was understood in the continental legal system. The divergence between the continental system and the common law one carried on the criteria for evaluation of this personal contribution of the author. The continental system considered the direct connection with the author's personality, respectively his intellectual creation activity, thus embracing a personal vision of this condition of legal protection. On the other hand the common law embraces an impersonal vision, trying to assess this subjective condition the most objectively possible, in relation to the effort made to create the work. This view was abandoned in the United States of America and later in the United Kingdom, when those legal systems were confronted with the problem of determining the legal protection of alleged databases, when they fully embraced the view of the continental system on creativity.

Keywords: intellectual property law, copyright, intellectual creativity, plagiarism, piracy, counterfeit.

Regardless of the substantiation of the intellectual property on natural law or on the utilitarian theory, no scholar questions the originality condition of copyright works[1], the novelty conditions of the utility creations The whole doctrine agrees that legal protection mechanisms in the intellectual property field[2] applies for the new intellectual creations. In common language "*to create*" means to make something that was not there before[3]. Even those who challenge the intellectual property system are doing it for ensuring the free access to what did not exist yet, to what is recently created.

[1] see A. Circa (2013) - *Reflections on the originality of intellectual work,* Law no. 1, p. 128 "*comparative analysis of the legislations reveals that the concept of originality is a quasi-universal and essential condition of copyright protection, despite some nuances or assessments*."

[2] for a comprehensive study regarding the theories and their authors, the supporters and opponents of intellectual property see N.S. Kinsella (2001) - *Against Intellectual Property*, Journal of Libertarian Studies, Ludwig von Mises Institute, p. 1-53.

[3] to deepen the definition of the creative notion see V. Ros A. Livadariu (2014) - *The condition of originality in scientific works*, Romanian Journal of intellectual property law, no. 2, p. 11-13.

The notion of originality in the context of a comparative analysis with the industrial property seems to be different from the novelty condition. Thus, a certain work may bear the distinguishable sign of the author's personality and be original without necessarily being new. As an example to illustrate the presence of originality and lack of novelty the situation when two painters, independently from each other, paint the same scene, one after the other, concluding that the second painting would not be new, but it would be original. This example is provided as is, without any further explanation, even if it is difficult to understand why the second painting would not be new. It is hard to believe that it would not be new only because it illustrates the same landscape. It could be lacking in novelty, only if it were a "*photocopy*" of the first picture, respectively a perfect reproduction, but in this case how could it still be original. This argument often raised in the doctrine is suggestive to my conclusions, at the end of the paper. The example of the French doctrine is also repeated by our scholars, when it is stated that "*anteriority does not exclude originality*" so that "*two very similar creations can be protected if they both illustrate their author's personality*" giving as an example "*dictionaries or travel guides*"[4].Even if will I return to this example also, after a simple reading it can be easily seen that it is not judicious to apply the concept of anteriority from the industrial property field to the field of copyright, without any adaptation.

If in the copyright, the lack of anteriority means the absence of a previous identical work as the one on which the right is claimed, in the industrial property field anteriority has a broader sense, referring to not only identical intellectual creations but also to the similar ones, the extent that this similarity leads to lack of inventive activity on the part of author of the utilitarian creation, another condition to be met in the field of industrial property, likely of not being fulfilled, including on the realm of copyright[5].

The originality of works, novelty of utilitarian creations are considering the same purpose, namely to legally protect the uniqueness of intellectual creation through the rules of intellectual property law. Regardless the intellectual property basis in the utilitarian theory[6], in Hegel's personality theory[7] or in Locke's natural right theory[8], all are considering primarily the protection of new intellectual creations, namely of those who are unique at the time of their creation or at the time the legal protection is established. A utilitarian would say that only new creations contribute to the development and progress of society, and these should be protected to encourage their continued occurrence, an advocate of the personality theory would say that as far as the individual is interested to acquire new intellectual creations, society is required to establish a legal system for trading, respectively of acquiring

[4]see A. Circa (2013) - *Reflections on the originality of intellectual work*, Law no. 1, p. 134.
[5] See A. Circa (2013) - *Reflections on the originality of intellectual work*, Law no. 1, p. 131 *"in terms of patent it speaks of novelty and inventive activity, while in the copyright originality encompasses both"* and p. 140 *"within a work we can find a method that can be patented. In this case: - the conditions of protection relate to the novelty and creative activity, while originality incorporates both* "
[6] for description, in depth and more references on this theory see N.S. Kinsella (2001) - *Against Intellectual Property*, Journal of Libertarian Studies, Ludwig von Mises Institute, p. 12-15.
[7] for description, in depth and more references on this theory see J. L. Schroeder (2004) - *Unnatural Rights: Hegel and Intellectual Property*, Cardozo Law, Legal Studies Research Paper No. 80, p. 1-48.
[8] for description, in depth and more references on this theory see A.D. Moore (2012) - *A Lockean Theory of Intellectual Property Revisited*, San Diego Law Review, Vol. 50, p. 1-44 și N.S. Kinsella (2001) – *Against intellectual property*, Journal of Libertarian Studies, Ludwig von Mises Institute, pp. 9-10.

of rights over them, and according to the theory of natural right, to every author of an intellectual creation is recognized his right over it, right acquired as a result of its creation, intellectual creation not existing without the work of the author. Even opponents of intellectual property[9] base their concept on the fact that free movement of new creations should not be restricted, all potential users must have access to them. In one form or another all these theories have in mind new intellectual creations, which do not already exists and over which economic and moral rights are to be recognized.

Returning to the originality binome - novelty, the biggest problem is raised by the idea that in some specific situations the two concepts can be contradictory, and the fact that there are specific cases where an intellectual creation even if it is not new, however, is original. Are these two concepts so far apart or they come to such a different meaning? Certainly even a particular situation where this example would be true, would only certify that the two concepts cannot be adjacent, not even for the purpose of a comparative analysis, so this hypothesis deserves to be fully clarified.

Originality and novelty are not as different as they seem according to some theorists. Most authors argue that originality incorporates not only novelty but also inventive activity, conditions which in the case of utility creations are different[10]. However, I dare say that the resemblance is much higher than you might think. The best argument is offered by the legal provisions of copyright in Romania, provisions which are in line with other international and national legal systems. More specifically ***art. 1 para. (2) and art. 7 of Law 8/1996 of copyright and related rights[11] talk not only about original works, but also of the "work of intellectual creation".*** This phrase cannot be interpreted otherwise than that copyright legislation refers to works resulting from an activity of intellectual creation, which is the product of it. Here thus that we find in the field of copyright a condition similar to the inventive activity which has to be satisfied in the case of utility creations. In a grammatical interpretation reported to the current doctrine, meaning that originality compared to novelty also includes the equivalent from copyright of inventive activity means that when the legislator uses the phrase "*original works of intellectual creation"* expresses wrongly, through pleonasm, which is obviously unthinkable. In fact by using this phrase the law establishes two conditions for the protection of a work through the mechanisms of copyright, meaning its originality and the intellectual creation activity whose product must this work. Interesting is the fact that the doctrine leaned heavily on the conditions of copyright protection, speaking of

[9] for description, in depth and more references on this theory see N.S. Kinsella (2001) – *Against intellectual property*, Journal of Libertarian Studies, Ludwig von Mises Institute, pp. 15-53.

[10] as quoted above see A. Circa (2013) - *Reflections on the originality of intellectual work*, Law no. 1, p. 131 "*regarding the patent it talks avout novelty and inventive activity, while in copyright originality includes them both*" and p. 140 "*within a work can find a process that can be patented. In this case: - the protection conditions relate to novelty and creative activity, while originality incorporates them* both. "

[11] Law 8/1996 regarding copyright and related rights was published in the Official Gazette, Part I, no. 60 of 26 March 1996 and subsequently amended by Law no. 146 of 24 July 1997, Law no. 285 of June 23, 2004, Emergency Ordinance no. 123 of September 1, 2005, Emergency Ordinance no. 190 of 21 November 2005, Law no. 329 of 14 July 2006, the Decision of the Constitutional Court of Romania no. 571 of April 29, 2010, Law no. 202 of 25 October 2010, Law no. 71 of June 3, 2011, Emergency Ordinance no. 71 of 31 August 2011, Law no. 76 of 24 May 2012, Law no. 187 of 24 October 2012 and Law no. 255 of 19 July 2013.

necessary conditions, indifferent conditions[12], of three general conditions for the protection of intellectual works or only two conditions[13] and not least that originality is the only protection condition of copyright works[14]. Despite this intense study of the conditions of copyright protection, the doctrine did not notice the legislator's express condition that the protected work must be an intellectual creation, meaning to be the result of an intellectual creation activity. Omitting this condition, expressly provided by law, from any doctrinal analysis, had the effect of establishing a different content of the concept of originality compared to that of novelty, so different that it was claimed that the work which is not new, can be original, the two concepts can thus be even opposite[15].

European Directives on copyright should be interpreted in the same direction, namely that they equally require the novelty condition and the condition of intellectual creation activity. Only in this way can be understood the diametrically opposed conclusions of the doctrine on the choice made by community law to an objective conception of originality or, conversely, to the subjective conception[16]. Community law puts on the same footing both the

[12] see A. Circa (2013) - *Reflections on the originality of intellectual work*, Law no. 1, p. 127 *"Protection of works of spirit, object of intellectual property rights is conditional upon certain requirements. These requirements arise, on one hand from art. 7 of the LDA according to which protection is provided: a. – to works which are part of the copyright field if they are original; b. – the works will be protected regardless of the creation method - "regardless of"; c. - works will be protected regardless of the expression form - " regardless of "; d. - works will be protected irrespective of their value; e. – works will be protected irrespective also of their destination. The first condition is necessary, while we can consider the following as indifferent qualities."*

[13] See A. Circa (2013) - *Reflections on the originality of intellectual work*, Law no. 1, p. 128 "*The first thesis supported by most authors extracts out of the entire assembly applicable legal provisions, three general conditions for the protection of intellectual works, namely: - the work to be original, the result of intellectual creation activity; work to put a concrete form of expression, perceptible to the senses; - the work to be susceptible to be made public: the emphasis is on the fact that works state their utility only through their expression, they fulfill their purpose only through their distribution and from here comes their attribute of being susceptible to reproduction. The justification of the latest requirement takes into account: either the idea of reproduction (objective, material fact) or the subjective purpose of creating the work, that of being communicated to the public (...) The second thesis supports it is necessary and sufficient for a work to claim legal protection only two conditions: - the work to be original; - the work to be made, to have a particular form of expression, which makes it objectively perceptible* ".

[14] see V. Ros A. Livadariu (2014) - *The condition of originality in scientific works*, Romanian Journal of intellectual property law, no. 2, p. 15-17 "*many authors argue that along with originality, to be protected by copyright, a work must (...) meet another two conditions: to have a particular form of expression and to be susceptible to be brought to the public's attention. (...) The specific form of expression and susceptibility to be brought to the public's attention are, in fact, "absorbed" by the condition of originality: we cannot talk about a "work", about its original character, thus about the calling of the work to benefit from protection, only when it has been actually done. What has not taken on a specific form of expression does not exist and cannot be protected, and for the work to exist, it is necessary for the idea to take shape outside the author's consciousness therefore be susceptible to be brought to the public's attention. (...) the condition os originality absorbs the othe two conditions, it being understood that we cannot make any judgment about something that has no form of expression, thus about something that is not perceptible to the human senses. It is however true that there are works for which being fixed on a support is indispensable (without this mean that the fixation represents a condition of copyright protection), and these works include the visual, photographic, fine art ones ".*

[15] see A. Circa (2013) - *Reflections on the originality of intellectual work*, Law no. 1, p. 134 "*one of the classic points of analysis consists in the opposition between originality and novelty*."

[16] given the presentment of reasons of the proposal for a directive regarding the protection of software ("*The only criterion for granting the benefit of protection is that of originality, meaning that the work must not be copied*") and the opinion of the Economic and Social Council of October 18, 1989 ("*A program should be recognized as original and protected to the extent that it was not copied starting from another program* ") the community law tends to establish the concept of originality in its objective sense, that of lack of copying, even

novelty condition and the condition of creative intellectual activity. The relationship between these conditions varies for certain categories of works protected by copyright. If most or the condition of creative intellectual activity is analyzed starting from the premises to the condition of novelty, in the sense that it is based on new and studied to what extent this is due to the work of intellectual creation or other factors in some cases, if certain categories of works that claimed more than a novelty character (computer programs and databases) the relationship is reversed. Specifically in the case of these works protected by copyright, which are essentially functional in nature, thus making it possible in the light of the function they perform to present many similarities to other works in the same category which have the same function, the community legislator sets the novelty condition only after making sure that we are in the presence of creative intellectual activity on the part of the author of the work, also starting from the premise that the uniqueness of the being[17] certifies the existence of new intellectual creations. Surely the phrase used in Directive 91/250 / CE regarding juridical protection of software in meaning that *"software shall be protected if it is original, in the sense that it is the author's own intellectual creation. No other criteria shall be applied to determine its eligibility for protection*"[18], community law did not wish to exclude novelty as a condition for legal protection, but sought to tie it indissolubly to the intellectual creation activity. This phrase can be interpreted in the meaning that novelty exists when we have evidence of the author's intellectual creation activity.

At the risk of broadening to much the open parenthesis to incidentally treat matters which do not form the subject of this paper, it is important to emphasize this aspect, because ***currently in all legal systems, both in the continental ones and in the legal system of the United Kingdom after the Football DataCo v. Yahoo UK Ltd. case law[19] and in the***

though contradictory positions can still be reported. Thus, in paragraph 17 of the preamble to Directive no. 93/98 / EEC on harmonization of the term of protection of copyright and related rights states that "*considering the fact that a photographic work within the meaning of the Berne Convention will be considered original if it is the author's own intellectual creation reflecting his personality.* " In terms of platic works of art, considering the importance personal execution has, Directive no. 2001/84 / EC on the resale right for the benefit of artists of original artworks from September 27, 2007, provides in Article . 2 (entitled artwork covered by the resale right): "*1. For the purposes of this Directive, <<original work of art>> means works of graphic or plastic art such as paintings, collages, drawings, engravings, lithographs, sculptures, ceramics, and photographs, if they are made by the artist himself or are copies considered to be original works of art. 2 The copies of works of art contained in this Directive, which have been made in a limited number by the artist himself or under his authority, are considered original works of art for the purposes of this Directive. Such copies are basically numbered, signed or otherwise properly authorized by the artist*." see V. Ros, D. Bogdan, O. Spineanu-Matei (2005) - Copyright and related rights. Treaty, All Beck Publishing House, Bucharest, p. 107. On the other hand another author believes that community law has adopted the subjective dimension of originality: see A. Circa (2013) - *Reflections on the originality of intellectual work,* Law no. 1, p. 127 "*even if the expression is inserted in some categories of works that seem to claim more of a novelty nature, it seems that is desired to conserve the subjective dimension and originality, by reference to its own creation, the author's personal."*

[17] see V. Ros, A. Livadariu (2014) - *The condition of originality in scientific works*, Romanian Journal of intellectual property law, no. 2, p. 11 *"A dose of originality we each have within us, this being given by the uniqueness of our being. It has personality, which is more or less visible and identifiable! We resemble, more or less with each other, but we also distinguish from each other, the resemblance to the extent of identity being excluded.* "

[18] see A. Circa (2013) - *Reflections on the originality of intellectual work,* Law no. 1, p.126.

[19] ss mentioned and quoted above the courts of the United Kingdom, supported by the decision of the Court of Justice of the European Union, given in the preliminary ruling procedure, have adopted the view of the Supreme Court of the United States of America in the case of *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service*,

American legal system after the Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co. case law [20], the notion of originality has a homogeneous content, being understood and applied in the same way. No legal system has questioned the objective side of originality afforded by novelty to the protected intellectual creation. The divergent element is represented by the subjective element, which consists of the author's personal contribution. The existence of this element has never been, also, denied, even by the most reluctant to the originality concept as it was understood in the continental legal system. The divergence between the continental system and the common law one carried on the criteria for evaluation of this personal contribution of the author. The continental system considered the direct connection with the author's personality, respectively his intellectual creation activity, thus embracing a personal vision of this condition of legal protection. On the other hand the common law embraces an impersonal vision, trying to assess this subjective condition the most objectively possible, in relation to the effort made to create the work. This view was abandoned in the United States of America and later in the United Kingdom, when those legal systems were confronted with the problem of determining the legal protection of alleged databases, when they fully embraced the view of the continental system on creativity. In essence, the courts of these two national legal systems have realized that the existence of a new creation, resulting from a sustained intellectual effort of its author's, it is not enough to protect it through copyright. Anticipating a future study on this issue, I would say, to close this parenthesis, that each of us, since we wake up until we falls asleep, make a continuous intellectual effort, not only a physical effort, and as a result of this effort result new elements. However ***these new elements, produced by an intellectual effort, not a physical effort, do not make us, each of us, authors of intellectual works.*** New elements whose protection is desired must result from an intellectual creative activity, and not just after an effort which is not physical, but intellectual. The mere intellectual effort, without creativity does not make us the authors of protected works by intellectual property law.

After proving the lack of any anteriority or on the contrary the existence of anteriority, it may be established a simple presumption of originality in favor of the oldest intellectual creation of the author. His opponent in a judicial proceeding if he alleges that the

---

establishing that: the intellectual effort and contribution, the know-how are irrelevant if they don't imply any originality: see C.J.U.E. rulling of March 1, 2012 "Directive 96/9 / CE - Legal protection of databases - Copyright – The calendar of the championships games" in case C-604/10, having as a subject a preliminary ruling request made under Article 267 TFEU from the Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (United Kingdom)
http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119904&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=531066

[20] just as quoted above see Supreme Court of the United States of America rulling in tha case of *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282, 113 L. Ed. 2d 358 (1991), *"Originality does not mean novelty; a work can be original even though it closely resembles other works so long as the similarity is fortuitous, not the result of copying. The mere fact that a work is protected does not mean that every element of the work may be protected. Facts, either alone or as part of a compilation, are not original and therefore may not be protected by copyright. A factual compilation is intended to be protected by copyright if it has an original selection or arrangement of the original facts, but the copyright is limited to that selection or said arrangement. Copyright rewards originality, not effort* "
http://scholar.google.ro/scholar_case?case=11953362696980563l5&q=Rural+Tel.+Service+Co.,+499+U.S.+340+(1991)+499+U.S.+340&hl=en&as_sdt=2006

oldest work is not original, incorporating elements of the public domain, without any activity of intellectual creation, or that his work is also original independently from the originality of the older intellectual creation, he must prove it on the basis of the rule laid down in art. 243 of the New Code of Civil Procedure, regarding the burden of proof. Thus, as noted by one author[21], indeed the High Court of Cassation and Justice of Romania was wrong when it said that the absence of a previous copy means that the work is original. In fact, the absence of previous copies gives rise to a simple presumption of originality of the work, to the one to whom it is opposed having to overthrow by showing and to demonstrate that the work is original because it incorporates elements of the public domain, without any intellectual creative activity, situation in which the effects of simple originality presumption no longer subsist, the author having to prove the existence of intellectual creative activity in relation to the elements of the public domain, for example regarding their choice, at their arrangement, function or effect. At the same time, to the one to whom the mere presumption of originality is opposed, can invoke the fact that his work, even if subsequent, is original and the result of his own original intellectual creation activities, which materialized, incidentally, in a work identical to that in favor of which the simple presumption of originality operates. In this last case, which represents, as I will show below, a purely theoretical example, the simple presumption of originality is not overthrown by simply invoking a personal creative activity which would have, incidentally, led to an intellectual creation identical to the previous one, but when this personal creative activity is proven. But in this case, purely theoretically, ***the judge should explain in his judgment which he gives, in a credible way using the elements, criteria and objective data, how it is possible for two people, by their nature different one from the other, to create identical works. In any case, the judge cannot simply accept this "chance" or such a "coincidence" without clarifying it, because at that moment the whole legal protection system of intellectual property would be empty in content and meaningless,*** because immediately after such a view would be accepted by the jurisprudence, many "*coincidences*" like the one above would occur, all rights to intellectual creations would thus be paralyzed.

This last hypothesis is the best opportunity to clarify the alleged opposition between originality and novelty or how an intellectual creation even if it is not new is still original. Above, we have shown that the concept of originality, in the context of a comparative analysis with industrial property, appears to be different from the novelty condition. Thus, a certain work may bear the distinctive sign of the author's personality and be original without necessarily being new. An example is provided, to illustrate the present of originality and the lack of novelty, the situation in which two painters, independently of one another, paint same scene, one after the other, concluding that the second work would not be new, however, it would be original. This example is provided as is, without any further explanation, even if it is difficult to understand why the second painting would not be new. It is hard to believe that it would not be new only because it illustrates the same landscape. It could be lacking in novelty, only if it were be a "photocopy" of the first painting, meaning a perfect reproduction, but in this case how could it still be original. The example of the French doctrine is repeated

[21] see A. Circa (2013) – *Reflections on the intellectual originality of the work*, Law no. 1, p. 130

in our professional literature regarding "*the opposition between originality and novelty*" when it states that "*anteriority doe not exclude originality*" so that "*two very similar creations can receive protection if they both illustrate the personality of their author*" offering as examples" *dictionaries and travel guides* "[22]. To the same effect, are presented the identical creations identities of several authors from different eras. Thus, in the case of legislation in the inventions field, the second inventor will not enjoy the protection afforded by the laws of the invention field, because his invention cannot be considered new. In the case of copyright, the second author shall enjoy protection of the work created by him independently, provided that it is not the result of copying previous the work. Thus, the second work which contains an independent contribution of talent and work can enjoy copyright protection to the same extent that the first work can enjoy. Preliminary observations made on the examples given in the French doctrine are applicable to the United Kingdom of Great Britain. And here in one form or another it is highlighted that the work in the field of copyright while not new, it is protected to the extent that it meets the standards of originality. Showing the opposite, namely that the novelty never comes into conflict with originality and that an original intellectual creation is necessarily new, I will contribute with a new argument to thesis supported in this work, meaning that novelty is a general protection condition of any category of intellectual creations, no matter if it is in the field of copyright or industrial property.

The argument about differentiating originality from novelty, in the sense that the original work may not be new is a naive and dangerous one. Naïve considering that it is very difficult, even impossible, to get two identical works to be created independently one from the other. Such a case would be totally exceptional. The probability that a work which is not new, but rather identical to one already created, to be born solely from the work of another author's intellectual creation is as small as the probability that a monkey knocking over an inkwell, to reproduce the entire work of William Shakespeare's or at least Romeo and Juliet. Such an argument is also dangerous, because admitting the existence of such cases, destroys the whole system of legal protection of intellectual property, emptying it of content and purpose, by rising at the rank of the fundamental difference of a completely exceptional case. The legal protection mechanism of copyright cannot be analyzed in terms of purely theoretical examples, not likely to take place in everyday reality. If the doctrine chooses to do so, the result will not be other than to provide an excuse, a scientific justification for those who plagiarize.

In reality, the issue must be put in a different manner. This example of the opposition between novelty and originality is given by the doctrine, not to provide a possible defense of those accused of plagiarism, but to highlight the difference between copyright and industrial property. Starting with the formalities for acquiring the rights in industrial property field, bring it is brought to the doctrine a substantive argument, namely that the two conditions for granting legal protection, originality and novelty, are different, not only in the sense that originality is something much more than novelty, but in the sense that they are different concepts because copyright would it, even in theory, the legal protection of two identical work, as long as the condition for intellectual creative activity is met, while within the

[22] see A. Circa (2013) – *Reflections on the intellectual originality of the work*, Law no. 1, p. 134.

industrial property such hypothesis would be completely excluded. Basically by this comparison is intended to show that industrial property excludes the possibility of legal protection of two intellectual creations authors in this field, which independently arrive at the same result, while copyright allows this.

Even if you could counter that example on copyright is purely theoretical, being found only in courses as authors who debated this issue and that the exclusion of the other author's intellectual creation identical industrial property comes as a consequence of this specific domain, where intellectual creations are intended for industrial use, so vary widely, imposing a greater degree of legal certainty, the certainty, which led to the establishment of the formal record of creation, system registration and advertising of industrial property rights resulting in the exclusion of the possibility that a person other than the holder of industrial creation have rights on it, these are the best arguments.

Even if you could argued against, that the example on copyright is purely theoretical, being found only in the courses of law authors who debated this issue and this exclusion of the other author's identical intellectual creation in the industrial property field it comes as a consequence of this specific domain, where intellectual creations are intended for industrial use, so vary widely, imposing a greater degree of legal security, security which has led to the establishment of the formal process of recording creations, the registration and advertising system of industrial property rights resulting in the exclusion of the possibility that a person other than the author of the industrial creation has rights on it, these are not the best arguments. This is because ***industrial property right recognizes the possibility of legal protection of two intellectual creations authors in this field who independently arrive at the same result, in the case of inventions.*** More specifically it is about a special provision[23] of Law 64/1991, similar to other national[24] or supranational regulations, which gives a person, the author of a utility creation identical to a utility creation already protected by patent, the right to use the invention even after the patent has been issued[25], but only in the quantity

[23] art. 37 letter b) of Law 64/1991 "*It is not a violation of the rights provided by art. 2, art. 34 para. 1 letter a) and b) and of art. 35: (...) b) the use of the invention by a person who has applied the invention or has taken effective and serious measures in view if its use in good faith in Romania, irrespective of the patent holder and before a deposit of national regulations is established or before the date at which start the period of recognized priority; in this case the invention may be used by that person, in the quantity existing at the date of the deposit of national regulations or of the recognized priority and the right of use can not be transmitted but only with the heritage of that person or with part of the heritage affected to invention operation*. "

[24] in this regard article. 35 para. (1) of the Swiss Federal Law on Invention Patents of 1954 as amended: *"The patent cannot be opposed to that which, being in good faith, prior to the deposit or the priority date, has used the invention in Switzerland in his profession or made special arrangements to this end"* quote L. Mihai (2002) - *Invention. Substantive conditions of patentability*. *Rights*, Univerul Juridic Publishing House, Bucharest, p. 146.

[25] the conditions that must be met cumulatively for a third party to invoke, in relation to the patent holder, this legal license: a) there is one and the same technical solution with absolute novelty in time and space, which was created independently by at least two persons; b) one of them patents as an invention that technical solution; c) the other person has applied the same solution or has taken effective and serious measures regarding its use in the state in which the patent was issued; d) this application or, where appropriate, taking such effective and serious measures were made prior to the regulating deposit by the person who became the holder of the patent or before the exceptional priority raised by this patent owner; e) activities described in subparagraph d) were made in good faith and independently from the patent holder. f) activities described in subparagraph d) were not public, not being an anteriority which would have removed to the substantive existence of novelty during the

existing at the deposit registration date or, where applicable, at the date of recognized exceptional priority[26], the rights conferred allowing personal use, and may not be transmitted only together with the whole property of that person or with a fraction of the property affected by the exploitation of that invention.

The existence of this example demonstrates that particular, atypical situations were considered both in the copyright and industrial property fields. For this reason difference between novelty and originality must not be sought, in the light occurred effects, because these effects can be produced as a result of specific intellectual creations protected or due to the specificity of the juridical protection system. For example, I was showing in an earlier study[27] that the existence of advertising systems of subjective rights, even if involves checking the existence of substantive and procedural conditions, does not affect the nature of the protected rights in this matter. I was referring to the rights of copyright and industrial property, given the existence of advertising systems which required the registration of rights of claim or of real rights in the Electronic Archive of Real Movable Guarantees or in the Land Registry, regardless of the period that their registration had or not constitutive effect. ***Novelty and originality must be analyzed in terms of the substantive conditions which they impose on the protected intellectual creations.*** From this perspective, novelty is a component of originality together with intellectual creative activity, condition expressly imposed by the laws of copyright, as already indicated above.

The sequence of events presented to the reader, the expression method and the figures of speech of the author's style differentiate between the novel "Robin Hood" written by Henry Gilbert[28] and the homonymous novel written by Alexandre Dumas[29], the interpretation, the melody, the rhythm, the vocal, orchestral and musical arrangement, make the difference between the song "I've got you under my skin" performed by Frank Sinatra[30] and the homonymous song performed by Louis Prima and Keely Smith[31], the material support, the colors, the tones, the different use of chiaroscuro, sfumato techniques and of atmospheric perspectives differentiate between the painting "Virgin between rocks" by Leonardo da Vinci displayed in the Louvre Museum in Paris[32] and the homonymous painting attributed also to Leonardo da Vinci or to Ambrogio of Predis, which would have painted it under the supervision of Leonardo da Vinci, displayed at the National Gallery[33]. The example from the plastic art is not unique, a very recent one being of the two artists

patenting of the solution by the person who became the owner of the patent see L. Mihai (2002)- *Invention. Substantive conditions of patentability*. *Rights*, Univerul Juridic Publishing House, Bucharest, p. 142-144.

[26] see L. Mihai (2002)- *Invention. Substantive conditions of patentability*. *Rights*, Univerul Juridic Publishing House, Bucharest, p. 146-147

[27] see A. Speriusi-Vlad (2010) - *Common law in the field of intellectual property field*, European Legal Studies and Research – volume International Conference of PhD Students in Law, organized by the Faculty of Law and Administration within the West University of Timişoara and The European Centre for Legal Studies and Research Timisoara, Wolters Kluwer Publishing House, Bucharest, p. 500-507

[28] see http://books.google.ro/books/about/Robin_Hood.html?id=kizxmUrxXJUC&redir_esc=y

[29] see http://www.goodreads.com/book/show/388223.Robin_Hood

[30] see https://www.youtube.com/watch?v=C1AHec7sfZ8

[31] see https://www.youtube.com/watch?v=6IjG3Bmxofs

[32] see http://www.louvre.fr/en/oeuvre-notices/virgin-rocks

[33] see http://www.nationalgallery.org.uk/paintings/leonardo-da-vinci-the-virgin-of-the-rocks

contemporary to us, Michael Luther[34] an artist from Berlin and Damien Hirst[35] renowned worldwide, who independently conducted two similar paintings with the inspiration from a photo of a person injured after a terrorist attack in Iraq[36].

The condition of intellectual creation activity has a different purpose in the intellectual property system, meaning not to grant legal protection to the trivial intangible elements that are part of the public domain. Otherwise said, the condition of intellectual creative activity as a general condition of legal protection in the intellectual property law prevents law subjects to appropriate an intellectual property which is not part of the civil circuit, but of the public domain of intellectual property. For this reason the condition never comes into conflict with the novelty, because together they tend to legally protect intellectual creations unique, different from the current state of knowledge and technology, consisting in turn of all already protected intellectual creations and the public.

Acknowledgements

This work was supported by the strategic grant POSDRU/159/1.5/S/133255, Project ID 133255 (2014), co-financed by the European Social Fund within the Sectorial Operational Program Human Resources Development 2007 – 2013

BIBLIOGRAPHY

(1) A. Circa (2013) - *Reflections on the originality of intellectual work,* Law no. 1
(2) L. Mihai (2002) - *Invention. Substantive conditions of patentability*. *Rights,* Univerul Juridic Publishing House, Bucharest
(3) A.D. Moore (2012) - *A Lockean Theory of Intellectual Property Revisited*, San Diego Law Review, Vol. 50
(4) N.S. Kinsella (2001) - *Against Intellectual Property,* Journal of Libertarian Studies, Ludwig von Mises Institute
(5) V. Ros A. Livadariu (2014) - *The condition of originality in scientific works*, Romanian Journal of intellectual property law, no. 2
(6) J. L. Schroeder (2004) - *Unnatural Rights: Hegel and Intellectual Property*, Cardozo Law, Legal Studies Research Paper No. 80
(7) A. Speriusi-Vlad (2010) - *Common law in the field of intellectual property field*, European Legal Studies and Research – volume International Conference of PhD Students in Law, organized by the Faculty of Law and Administration within the West University of Timişoara and The European Centre for Legal Studies and Research Timisoara, Wolters Kluwer Publishing House, Bucharest

[34] see http://michael-luther.net/en/biography/
[35] see http://en.wikipedia.org/wiki/Damien_Hirst
[36] see http://www.artfacts.net/index.php/pageType/newsInfo/newsID/2359/lang/1

THE CONSTITUTIONALIZATION OF THE CRIMINAL PROCESS IN ROMANIA

Daniela Cristina Valea, Assist. Prof., PhD, "Petru Maior" University of Tîrgu Mureș

Abstract: However, any legislative change planned or performed – as it is the case of the Romanian Criminal Code and the Romanian Criminal Procedure Code - should be consistent to the Constitution in its "letter and spirit", although each branch claims more and more vehemently an independent existence within the system of law, therefore a reforming process of the domain is an opportunity that can not be missed (!).
Obviously, the question is how much and how detailed would be necessary for a Constitution to regulate special aspects of a particular branch of law, such as those relating to criminal proceedings? Or is sufficient for the Constitution to contain only a basic constitutional regulation?
In this paper, we propose to present some aspects and analisis of the major constitutional regulation regarding Romanian criminal trial.

Keywords: constitutionalization, Romanian Code of Criminal Procedure, regulatory-framework, fundamental principles, criminal trial.

Problematica constituționalizării dreptului procesual penal român, la fel ca a oricărei alte ramuri de drept, presupune în primul rând, abordarea legăturii dintre dreptul procesual penal și dreptul constituțional. În al doilea rând, trebuie analizată modalitatea în care prevederile de rang constituțional sunt preluate și implementate în practică, în sfera relațiilor sociale care formează obiectul de reglementare al ramurii de drept respectiv. În al treilea rând, constituționalizarea poate fi efectuată și prin interpretarea și aplicarea normelor procesuale penale în conformitate cu legea fundamentală. Și, nu în ultimul rând, prin abrogarea normelor procesuale penale în măsura în care vor fi considerate contrare constituției. Un rol din ce în ce mai important în procesul de constituționalizare al unei ramuri de drept, în speță și a dreptului procesual penal român, revine astfel justiției constituționale[1].

Pot fi considerate coordonate ale procesului de constituționalizare: legislația, practica și jurisprudența, precum și știința dreptului procesual penal.

În doctrină, frecvent, legătura dreptului procesual penal român cu dreptul constituțional român este analiză pe două coordonate: reglementările-cadru de nivel constituțional[2] ale procesului penal penal român (fiind menționate de obicei ca reglementări-cadru: principiile care stau la baza organizării și funcționării organelor judiciare, dispoziții constituționale cu aplicabilitate în procesul penal (art. 23, art. 24, art. 27, art. 125, art. 127, art.

[1] Attila Varga, *Constituționalizarea procesului legislativ*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p.5.
[2] Este vorba de Constituția României intrată în vigoare la data de 8 decembrie 1991 și revizuită ulterior prin Legea nr. 429/2003. După revizuire, Constituția României a fost republicată în M.Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003.

129, art. 131 etc.) și izvoarele dreptului procesual penal (printre care, la loc de frunte, găsim Constituția)[3].

Sintetizând, prevederile constituționale care își găsesc aplicabilitatea în sfera dreptului procesual penal pot fi împărțite în următoarele categorii:

1. reglementări-cadrul privind principiile fundamentale ale procesului penal (respectiv ale aplicării normelor procesuale penale).

2. reglementări-cadru privind organizarea și funcționarea organelor judiciare.

3. reglementări-cadru privind măsurile procesuale penale, în special cele preventive.

4. reglementări-cadru privind imunitățile de jurisdicție.

5. reglementări-cadru privind anumite drepturi ale persoanelor în situația în care dobândesc calitate în procesul penal.

1. Reglementări-cadrul privind principiile fundamentale ale procesului penal (respectiv ale aplicării normelor procesuale penale).

Sunt *principii ale aplicării normelor procesuale penale* (art. 1-13 Cod.proc.pen.[4]): principiul legalității, principiul separării funcțiilor judiciare, prezumția de nevinovăție, principiul aflării adevărului, principiul *ne bis in idem*, principiul oficialității procesului penal[5], principiul obligativității punerii în mișcare și a exercitării acțiunii penale, dreptul la un proces echitabil și un termen rezonabil al procesului, principiul garantării libertății și siguranței persoanei, principiul dreptului la apărare și garantării acestuia, principiul respectării demnității umane și a vieții private, limba în care se desfășoară procesul penal și dreptul la interpret, principiul aplicării legii procesuale penale, principiul egalității persoanelor în procesul penal (chiar dacă nu este prevăzut expres de legile procesuale penale).

Principalele reglementările constituționale care circumscriu cadrul procedurii penale cu trimitere la principiul legalității sunt:

- art. 1 alin. 5 din Constituția României republicată – „În România, respectarea Constituţiei, a supremaţiei sale şi a legilor este obligatorie”.

- art. 20 – „(1) Dispoziţiile constituţionale privind drepturile şi libertăţile cetăţenilor vor fi interpretate şi aplicate în concordanţă cu Declaraţia Universală a Drepturilor Omului, cu pactele şi cu celelalte tratate la care România este parte. (2) Dacă există neconcordanţe între pactele şi tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, şi legile interne, au prioritate reglementările internaţionale, cu excepţia cazului în care Constituţia sau legile interne conţin dispoziţii mai favorabile”.

[3] Ion Neagu, Mircea Damaschin, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 26, 37; Anca-Lelia Lorincz, *Drept procesual penal*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 21.

[4] Actualul Cod de procedură penală al României (în textul lucrării – Cod.proc.pen.) a fost adoptat prin Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală (publicată în M.Of. nr. 486 din 15 iulie 2010) și a intrat în vigoare la data de 1 februarie 2014. Trebuie avute în vedere și prevederile Legii nr. 355/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative cu dispoziții procesuale penale (publicată în M.Of. nr. 515 din 14 august 2013).

[5] În literatura de specialitate se susține că acest principiu a fost înlocuit de legiuitorul român cu principiul obligativității punerii în mișcare și a exercitării acțiunii penale - Ion Neagu, Mircea Damaschin, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 75.

- art. 23 alin. (12) Nici o pedeapsă nu poate fi stabilită sau aplicată decât în condiţiile şi în temeiul legii.

- art. 124 – „(1) Justiţia se înfăptuieşte în numele legii. (3) Judecătorii sunt independenţi şi se supun numai legii".

- art. 132 alin. 1 – „(1) Procurorii îşi desfăşoară activitatea potrivit principiului legalităţii, al imparţialităţii şi al controlului ierarhic, sub autoritatea ministrului justiţiei".

Principiul legalității procesului penal este prevăzut în art. 1 alin. 2 Cod.proc.pen. (fiindu-i circumscris obiectivul normelor procesuale penale – asigurarea exercitării eficiente a atribuțiilor organelor judiciare cu garantarea drepturilor părților și ale celorlalți participanți în procesl penal astfel încât să fie respectate prevederilor Constituției, a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, ale celorlalte reglementări ale Uniunii Europene în materie procesuală, precum și ale pactelor și tratatelor privitoare la drepturile fundamentale ale omului la care România este parte) și nominal în art. 2 Cod.proc.pen. și impune ideea că desfășurarea procesului penal se face numai potrivit dispozițiilor legale.

Constituția România republicată a ridicat la rang de principiu constituțional una din cele mai importante garanții ale respectării statutului omului, respectiv prezumția de nevinovăție, statuând în art. 23 alin. (11) că „Până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătoreşti de condamnare, persoana este considerată nevinovată".

Prezumția de nevinovăție este prevăzută ca principiu fundamental în art. 4 Cod.proc.pen. conform căruia „Orice persoană este considerată nevinovată până la stabilirea vinovăției sale printr-o hotărâre penală definitivă."

Trebuie remarcată o deosebire de nuanță, dar extrem de importantă în opinia noastră, cu consecințe deosebite. Dacă textul legii fundamentale folosește noțiunea de „hotărâre judecătorească de condamnare" pentru a marca clar criteriul de delimitare dintre „nevinovat" și „vinovat" (hotărâre judecătorească de condamnare având un înțeles foarte clar stabilit de normele procedurale penale și cele penale), actualul Cod.proc.pen. stabilește că trecerea de la „nevinovat" la „vinovat" se face în momentul stabilirii vinovăției persoanei printr-o hotărâre penală (evident definitivă, pentru altfel ar fi fost chiar prea mult!). În prinul rând, textul Cod.proc.pen. este deficitar deoarece nu ține cont de faptul că vinovăția este doar unul dintre elementele constitutive ale infracțiunii, astfel că chiar dacă există, s-ar putea ca celelalte ori unul din celelalte elemente constituitve să nu existe și atunci nu ar exista nici infracțiunea! În al doilea rând, textul art. 4 alin. 1 Cod.proc.pen. este deficitar deoarece nu ține cont de faptul că a stabili vinovăția unei persoane, în cadrul unui proces penal, în raport cu săvârșirea unei infracțiuni nu trebuie să însemne neapărat și condamnarea persoanei repective printr-o hotărâre penală. Chiar textul Cod.proc.pen. oferă (în art. 396 alin. 3 – renunțarea la aplicarea pedepsei, alin. 4 - amânarea aplicării pedepsei și alin. 6 – încetarea procesului penal) soluții ale judecății care, deși nu presupun o condamnare, pot face trimitere la vinovăția stabilită prin probe a inculpatului (teoretic este posibilă o soluție de încetare a procesului datorită intervenției prescripției, chiar dacă în considerentele hotărârii judecătoreşti se face referire – fără efecte, este adevărat - la vinovăția inculpatului). Având în vedere aceste considerații, considerăm deficitară și periculoasă redactarea art. 4 alin. 1 Cod.proc.pen., ***nerespectând***

dimensiunea constituțională a prezumției de nevinovăție și existând astfel riscul transfomării în „prezumția de vinovăție".

În alin. 2 al art. 4 Cod.proc.pen., apare, ca o aplicare practică a prezumției de nevinovăție se statuează că „*orice îndoială în formarea convingerii organelor judiciare se interpretează în favoarea suspectului sau inculpatului*", conform adagiului *in dubio pro reo* (care este consacrat astfel expres și de legislația procesuală penală română și nu numai de către doctrina și practică ca până acum, putând fiin considerat un „dat" câștigat).

Principiul oficialității procesului penal[6], conform căruia, funcțiile judiciare se exercită din oficiu (din proprie inițiativă a organelor judiciare[7]), cu *excepția* situațiilor când legea prevede altfel (de exemplu, atunci când este necesară existența plângerii prealabile, sesizarea efectuată de anumite organe). Este prevăzut în art. 3 alin. 2 Cod.proc.pen. Principiul obligativității punerii în mișcare și a exercitării acțiunii penale (prevăzut în art. 7 Cod.proc.pen.), care poate fi considerat o situație particulară a principiului oficialității procesului penal, instituie regula conform căreia procurorul, ca reprezentant al Ministerului Public, este obligat să pună în mișcare acțiunea penală din oficiu atunci când există probe din care rezultă săvârșirea unei infracțiuni și nu există vreo cauză legală de împiedicare, alta decât situația în care procurorul poate renunța la exercitarea acțiunii penale (prevăzută la alin. 2 al art. 7 Cod.proc.pen.) ori atunci când este necesară plângerea prealabilă (prevăzută în alin. 3 al art. 7 Cod.proc.pen.). Prevederile art. 3 și 7 Cod.proc.pen. se circumscriu rolului primordial încredințat de Constituție Ministerului Public (în art. 131 alin. 1 și art. 132 alin. 1 din Constituția României republicată), respectiv acela de a reprezenta interesele generale ale societăţii şi de a apăra ordinea de drept, precum şi drepturile şi libertăţile cetăţenilor şi de a conduce şi supraveghea activitatea de cercetare penală a poliţiei judiciare, în condiţiile legii, cu respectarea principiului legalităţii, al imparţialităţii şi al controlului ierarhic, sub autoritatea ministrului justiţiei.

Dreptul la un proces echitabil și un termen rezonabil al procesului este impus în primul rând la nivel constituțional prin art. 21 alin. 3 din Constituția României republicată și în al doilea rând prin art. 8 din Cod.proc.pen. În materia procesului penal, acest imperativ se materializează în dreptul fiecărei persoane de a avea acces la o instanță de judecată independență și imparțială, dar și în caracterul echitabil al procedurii, dezbaterea publică a cauzei și desfășurarea procesului într-un termen rezonabil. Implică totodată și noțiunea de „egalitate a armelor" (tratarea egală a tuturor celor implicați într-un proces penal).[8]

Constituția României republicată declară libertatea individuală și siguranța persoanei ca fiind inviolabile (art. 21 alin. 1), impunând și o serie de garanții ale respectării acestei inviolabilății, precum și o serie de excepții, vizând luarea de către organele judiciare a

[6] În literatura de specialitate se susține că acest principiu a fost înlocuit de legiuitorul român cu principiul obligativității punerii în mișcare și a exercității acțiunii penale - Ion Neagu, Mircea Damaschin, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, 2014, p. 75.
[7] Anastasiu Crișu, *Drept procesual penal*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 63.
[8] Anastasiu Crișu, *Drept procesual penal*, pp. 85-86.

anumitor măsuri privative sau restrictive. Totodată, art. 52 alin. 3 din Constituția României republicată instituie răspunderea juridică a statului pentru prejudiciile cauzate prin erori judiciare.

Principiul garantării libertății și siguranței persoanei este prevăzut în art. 9 Cod.proc.pen. și garantează apărarea și respectarea uneia din cele mai importante valențe ale ființei umane: libertatea și siguranța. Textul impune astfel regula conform căreia orice măsură împotriva libertății persoanei sau de limitare a acesteia (măsură privativă sau restrictivă) trebuie luată doar în mod excepțional și numai în cazurile și în condițiile prevăzute de lege. Totodată, textul legii procesuale penale prevede și o serie de *garanții* ale respectării libertății și siguranței persoanei:

- obligativitatea organelor judiciare de a informa orice persoană arestată cu privire la luarea măsurii (formulare deficitară din punctul nostru de vedere trebuind să se menționeze „orice persoană împotriva căreia s-a luat o măsură privativă sau restrictivă de libertate" !!), în cel mai scurt timp și într-o limbă pe care o înțelege asupra motivelor arestării sale (cu aceeași observație de mai sus) (art. 9 alin. 3 Cod.proc.pen.); dreptul oricărei persoane arestate (a se citi „orice persoană împotriva căreia s-a luat o măsură privativă sau restrictivă de libertate") de a contesta măsura. Se subînțelege, există și posibilitatea de a cere, în tot cursul procesului penal, înlocuirea unei măsuri privative sau restrictive cu alta mai ușoară sau liberarea condiționată.

- obligația organelor judiciare competente de a interveni și dispune (din oficiu[9]) revocarea și punerea în libertate a celui reținut sau arestat atunci când constată că măsura privativă sau restrictivă a fost dispusă în mod ilegal (art. 9 alin. 4 Cod.proc.pen.).

- dreptul persoanei față de care s-a dispus în mod nelegal, în cursul procesului penal, o măsură privativă de libertate la repararea pagubei suferite, în condițiile prevăzute de lege (art. 9 alin. 5 Cod.proc.pen.. Se poate observa că, față de vechea reglementare[10], cea nouă este mai restrictivă din moment ce reglementează un drept la despăgubire doar persoanei private de libertate, nu și celei care a făcut obiectul unei măsuri restrictive de libertate. Dar, dincolo de caracterul lacunar al noului text, se consideră că dreptul de a cere despăgubiri subzistă față de orice persoană care a suferit vătămari ca urmare a luării unei măsuri privative sau restrictive de libertate nelegale[11].

Prevederile actualului Cod.proc.pen. se circumscriu, cu anumite rezerve în opinia noastră (și ne referim, cu titlu de exmplu, la faptul că perioada pentru care se dispune măsura reținerii nu mai este dedusă din perioada arestului preventiv dispusă în timpul urmăririi penale), reglementărilor constituționale de principiu (cu mențiunea că anumite garanții ale libertății și siguranței persoanei s-au putu impune numai cu aportul Curții Constituționale a

[9] Nicolae Volonciu (coor.), Alexandru Vasiliu, Radu Gheorghe, *Noul Cod de procedură penală adnotat. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 33.
[10] Este vorba de Codul de procedură penală al României din 1968 (Legea nr. 29/1968) care a fost abrogat prin intrarea în vigoare a actualului Cod de procedură penală, la data de 1 februarie 2014.
[11] Nicolae Volonciu (coor.), Alexandru Vasiliu, Radu Gheorghe, *Noul Cod de procedură penală adnotat. Partea generală*, p. 34.

României, dar și al documentelor internaționale și în special, al jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului[12]).

Principiul dreptului la apărare și garantării acestuia este prevăzut în art. 10 Cod.proc.pen. și, evident, reglementează în detaliu dreptul fundamental la apărare și o garanție a acestuia – dreptul de a beneficia de apărare din partea unui avocat – impus la nivel constituțional, prin art. 24 alin. 1 din Constituția România republicată.

Dreptul la apărare a fost ridicat la rang de principiu fundamental prin lege și cu aportul substanțial al jurisprundeței românești și mai ales a Curții Europene a Drepturilor Omului și, mai nou, a Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Particularizând, conform Cod.proc.pen., dreptul la apărare este acordat și garantat tuturor părților și subiecților procesuali în tot cursul procesului penal, care îl pot exercita personal sau prin avocat. Presupune, în primul rând, dreptul tuturor părților și subiecților procesuali de a se apăra ei înșiși; în al doilea rând, dreptul tuturor părților și subiecților procesuali de a fi apărate de un avocat în tot cursul procesului penal, fără nici un fel de restricție; în al treilea rând și obligația organelor judiciare de a asigura exercitatea de către toate părțile și subiecții procesuali a tuturor drepturilor procesuale ale acestora (reprezentând cele trei elemente componente ale unui drept la apărare efectiv[13]). Pentru a da consistență efectivă acestui drept, legea procesuală penală reglementează o serie de *drepturi* ale părților, subiecților procesuali și avocatului, respectiv o serie de *obligații* organelor judiciare. Astfel:

- dreptul părților, subiecților procesuali și a avocatului de a beneficia de timpul și înlesnirile necesare pregătirii apărării (art. 10 alin. 2 Cod.proc.pen.).

- o altă coordonată a realizării efective a dreptului la apărare se materializează în dreptul suspectului, respectiv al inculpatului de a fi informat, de îndată și înainte de a fi audiat, de fapta pentru care a fost începută urmărirea penală, respectiv pentru care a fost pusă în mișcare acțiunea penală și încadrarea juridică stabilită (art. 10 alin. 3 Cod.proc.pen.).

- dreptul la tăcere – adică dreptul suspectului, respectiv al inculpatului de a nu face nici un fel de declarație și dreptul de a li se comunica, înainte de a fi ascultați, că au un asemenea drept, fără a suporta nici un fel de consecințe negative (art. 10 alin. 4 Cod.proc.pen.).

- obligația organelor judiciare de a asigura exercitarea deplină și efectivă a dreptului la apărare de către părți și subiecții procesuali principali în tot cursul procesului penal (art. 10 alin. 5 Cod.proc.pen.).

Art. 10 alin. 6 Cod.proc.pen. instituie totodată și obligația titularilor dreptului la apărare de a-l exercita cu buna credință, potrivit scopului pentru care a fost recunoscut de lege.

[12] Despre rolul jurisprudenței CEDO în impunerea unor garanții privind lipsirea de libertate a unei persoane în vederea executării unui mandat de arestare – Ramona Mihaela Coman, *Reasoning for ordering the custody on remand în the light of ECHR jurisprudence*, în Revista „Dreptul", nr. 3/2013, pp. 35-39.

[13] Nicolae Volonciu (coor.), Alexandru Vasiliu, Radu Gheorghe, *Noul Cod de procedură penală adnotat. Partea generală*, p. 35.

Demnitatea umană este garantată și protejată la nivel constituțional prin interzicerea oricăror atingeri aduse vieţii omului, atât sub aspect fizic (sunt interzise orice acţiuni prin care un om ar putea fi privat de viaţă, este interzisă pedeapsa cu moartea sau acţiuni care ar vătăma integritatea fizică), cât şi privind psihicul şi demnitatea umană (prin interzicerea oricărei forme de tortură[14], pedeapsă sau tratament degradant ori inuman). Aplicarea unui anumit tratament timp de mai multe ore şi care cauzează, chiar dacă nu leziuni evidente, cel puţin suferinţe fizice şi morale, a fost considerat tratament inuman de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului. Tot Curtea Europeană a Drepturilor Omului a considerat tratament degradant şi acela de natură să provoace victimelor sentimente de teamă, de nelinişte şi de inferioritate, tocmai în scopul de a le umili sau înjosi[15].

Principiul respectării demnității umane și a vieții private (art. 11 Cod.proc.pen.) impune regula că desfășurarea unui proces penal se face cu respectarea strictă a demnității umane. Ca o garanție a respectării acestui principii, se prevede expres că „respectarea vieții private, a inviolabilității domiciliului și a secretului corespondenței sunt garantate", precum și că „restrângerea exercitării acestor drepturi se poate face doar în condițiile legii și dacă este necesar într-o societate democratică (art. 11 alin. 2 Cod.proc.pen.).

Trebuie observat că noul Cod.proc.pen.nu mai interzice în mod expres tortura sau supunerea la tratamente cu cruzime, inumane ori degradante, justificat probabil de faptul că o asemenea interdicție este prevăzută expres de Constituția României republicată (art. 22 alin. 2), și de faptul că asemenea acte sunt incriminate de legea penală română ca infracțiuni.

Prevederile legii procesuale penale reprezintă o particularizare specifică procesului penal a unor reglementări principiale de nivel constituțional (art. 15 alin. 1 conform căruia cetățenii beneficiază de drepturile și libertățile consacrate prin Constituție și prin alte legi și au obligațiile prevăzute de acestea; art. 26 alin.1 conform căruia autoritățile publice au obligația de a respecta și ocroti viața intima, familială și privată;).

Principiul utilizării limbii oficiale şi al limbii materne și al accesului la la proceduri și la acte, prin intermediul unui interpret asigurat în mod gratuit este consacrat și garantat prin art. 128 din Constituţia României republicată.

Limba în care se desfășoară procesul penal și dreptul la interpret sunt reglementate prin art. 12 Cod.proc.pen. Conform acestui principiu, limba oficială a desfășurării unui proces penal (inclusiv limba în care se întocmesc toate actele procedurale) este limba română, cu oferirea posibilități acelora care nu cunosc limba română de a se folosi de limba maternă, prin intermediul unui interpret.

Principiul egalității persoanelor în procesul penal, deși nu este prevăzut expres de legile procesuale penale, este consacrat la nivel constituțional și ca atare își găsește aplicabilitatea în toate sferele și domeniile dreptului, inclusiv (și mai ales) în domeniul dreptului procesual penal. Principiul egalităţii în drepturi este unul dintre cele mai importante

[14] Pentru amănunte, a se vedea Tiberiu Constantin Medeanu, *Tortura în practica instanţelor naţionale şi internaţionale*, în Revista de drept penal nr. 1/2009, pp. 51-56.
[15] Lavinia Valeria Lefterache, *Drept penal. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 51.

principii ale exercitării drepturilor şi a libertăţilor oamenilor. Presupune o egalitate de şanse şi o egalitate de tratament a tuturor cetăţenilor în faţa legii. Premisă esenţială a democraţiei şi a statului de drept, principiul şi-a găsit consacrarea şi în Constituţia României republicată, precum şi în legislaţia aferentă. Astfel, conform art. 4 alin. 2 din Constituţia României republicată, *„România este patria comună şi indivizibilă a cetăţenilor săi, fără deosebire de rasă, naţionalitate, de origine etnică, de limbă, de religie, de sex, de opinie, de apartenenţă politică, de avere sau de origine socială”*. Iar, art. 16 din Constituţia României republicată, intitulat chiar „Egalitatea în drepturi”, impune câteva repere ale egalităţii[16]:

- alin. 1 - egalitatea tuturor cetăţenilor *în faţa legii şi a autorităţilor, fără privilegii şi fără discriminări* (în condiţiile art. 4 alin. 2 - indiferent de domeniul de activitate sau alte aspecte, fără nicio discriminare pe considerente de rasă, naţionalitate, origine etnică, limbă, religie, sex, opinie, apartenenţă politică, avere sau origine socială), ceea ce presupune o egalitate de şanse[17];

- alin. 2 - conform căruia: *„Nimeni nu este mai presus de lege”*. Reiterând[18] această obligaţie a tuturor (persoane şi stat) de a respecta legea, propoziţia sintetizează excepţional pietrele de temelie ale democraţiei: „respectarea persoanei umane şi a statului de drept”[19].

Particularizând, principiul egalității trebuie aplicat și respectat și în cursul procesului penal și se materializează în două *reguli*:

a. aceleași reguli se aplică tuturor persoanelor implicate în procesul penal;

b. în fața acelorași organe judiciare competente conform legii se desfășoară procesul penal, fără ca anumite persoane să fie privilegiate și fără a se face vreo discriminare[20].

2. Reglementări-cadru privind organizarea și funcționarea organelor judiciare.

Activitatea organelor judiciare cu competență în derularea procesului penal se circumscrie sferei mai largi a activității jurisdicționale încredințată de Constituție și legi „autorității[21] judecătorești, a treia componentă a puterii de stat. A*ctivitatea jurisdicţională* constă în soluţionarea litigiilor născute între diferite subiecte de drept şi rezolvarea cererilor acestora în condiţiile legii, protecţia persoanelor faţă de manifestările abuzive ale celorlalte

[16] Reprezintă cadrul general, deoarece Constituţia mai cuprinde alte aplicaţii particulare determinate de consideraţii de ordin social sau natural – a se vedea Tudor Drăganu, *Drept constituţional şi instituţii politice – tratat elementar*, vol. I, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2000, p. 186.

[17] Ioan Muraru în Mihai Constantinescu, Antonie Iorgovan, Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Constituţia României revizuită – comentarii şi explicaţii*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2003, p. 21, precum şi în Ioan Muraru şi Elena Simina Tănăsescu (coord.), *Constituţia României – comentariu pe articole*, p. 151.

[18] S-a exprimat şi opinia conform căreia textul putea lipsi, se pare fără consecinţe deosebite, din Constituţie – a se vedea Ioan Muraru în Ioan Muraru şi Elena Simina Tănăsescu (coord.), *Constituţia României – comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 152.

[19] Conform *Cartei de la Paris pentru o nouă Europă* din 21 noiembrie 1990, publicată în M. Of. nr. 181 din 9 septembrie 1991 – *„Democraţia are ca fundament respectarea persoanei umane şi a statului de drept. Democraţia reprezintă cea mai bună garanţie a libertăţii de expresie, a toleranţei faţă de orice grupuri ale societăţii şi a egalităţii şanselor pentru fiecare persoană. Democraţia, prin caracterul său reprezentativ şi pluralist, presupune responsabilitate faţă de electorat, obligaţia autorităţilor de a se conforma legii şi exercitarea imparţială a justiţiei. Nimeni nu este deasupra legii”*.

[20] Anastasiu Crișu, *Drept procesual penal*, p. 84.

[21] Legiuitorul constituant român a optat pentru termenul de „autoritate” pentru a desemna cea de-a treia putere în stat: puterea judecătorească sau jurisdicţională.

autorităţi ale statului şi apărarea, prin mijloace proprii şi specifice, a ordinii de drept[22]. Adică, într-un cuvânt, **Justiţia.** Sediul legislativ este format din capitolul VI, titlul III din Constituţia României, Legea nr. 92/1992 privind organizarea judecătorească, aşa cum a fost modificată.

Conform Constituţiei României republicată, Justiţia se înfăptuieşte în numele legii, este unică, imparţială, egală pentru toţi şi independentă. Art. 124 alin. 1 din Constituţia României republicată, conţine un postulat: *„Justiţia se înfăptuieşte în numele legii"* (organele care înfăptuiesc justiţia trebuie să respecte legea). Justiţia este unică deoarece, în România, actul de justiţie este încredinţat unui sistem de organe, al instanţelor judecătoreşti, unic, indiferent de natura litigiului. Un asemenea sistem nu exclude însă organizarea ierarhică a instanţelor judecătoreşti şi nici posibilitatea de specializare a acestora în funcţie de natura litigiilor. Imparţialitatea (nepărtinirea, obiectivitatea[23]) justiţiei se fundamentează pe independenţa instanţelor judecătoreşti şi a judecătorilor, pe incompatibilităţi, procedura abţinerii şi recuzării, instituirea unor interdicţii. *Justiţia este egală pentru toţi* înseamnă că toate persoanele cu vocaţie egală sunt tratate în mod egal de lege şi instanţe judecătoreşti, sunt judecate de aceleaşi instanţe, după aceleaşi dispoziţii legale, aceleaşi reguli de fond sau de procedură[24]. Astfel sunt sistematizate - legislativ şi doctrinar[25] – *principiile* organizării şi realizării justiţiei: principiul legalităţii; principiul unicităţii, al imparţialităţii şi al egalităţii (art. 124 alin. 2 din Constituţia României republicată); principiul utilizării limbii oficiale şi al limbii materne (art. 128 din Constituţia României republicată); principiul accesului liber la justiţie (art. 21 din Constituţia României republicată); principiul respectării dreptului la apărare; prezumţia de nevinovăţie; principiul independenţei judecătorului şi al supunerii lui numai legii; caracterul public al dezbaterilor (art. 127 din Constituţia României republicată).

Sistemul de instanţe judecătoreşti din România este compus din (conform art. 126 alin. 1 din din Constituţia României republicată), Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, în calitate de instanţă supremă, şi celelalte instanţe judecătoreşti stabilite numai prin lege: Curţi de Apel, Tribunale, Judecătorii. Este interzisă înfiinţarea de instanţe extraordinare (art. 126 alin. 5 din Constituţie).

Mai participă la înfăptuirea actului de justiţie şi Ministerul Public (în cadrul căruia funcţionează procurorii organizaţi în parchete care îşi desfăşoară activitatea pe lângă instanţele judecătoreşti, având ca funcţie esenţială reprezentarea intereselor generale ale societăţii şi apărarea ordinii de drept, precum şi a drepturilor şi libertăţilor cetăţenilor – art. 131 din Constituţia României republicată), Consiliul Superior al Magistraturii (care, în calitate de garant al independenţei justiţiei – art. 133 alin. 1 din Constituţia României republicată, – are atribuţii principale în sfera răspunderii disciplinare a magistraţilor – art. 134

[22] Ion Deleanu, *Instituţii şi proceduri constituţionale – în dreptul comparat şi în dreptul român – tratat*, Ed. Servo Sat, Arad, 2003, p. 647.
[23] Conform DEX - a se vedea sensul cuvântului „imparţialitate", p. 477.
[24] Viorel Mihai Ciobanu în Ioan Muraru şi Elena Simina Tănăsescu (coord.), *Constituţia României. Comentariu pe articole*, pp. 1218-1221.
[25] Tudor Drăganu, *Drept constituţional şi instituţii politice – tratat elementar*, vol. II, pp. 354 şi 355; Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituţional şi instituţii politice*, vol. II, ediția 12, Ed. C.H. Beck, București, 2006, pp. 269-273; Ştefan Deaconu, *Instituţii politice*, Ed. C.H. beck, București, 2012, pp. 373-385; Bianca Selejan-Guţan, *Drept constituţional şi instituţii politice*, ediția a 2-a revăzută şi adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2008, pp. 294-296.

alin. 2 din Constituţia României republicată). Justificarea includerii acestor două structuri se bazează pe faptul că sunt reglementate principial, prin Constituţia României republicată, în acelaşi capitol intitulat „Autoritatea judecătorească".

Conform art. 124 alin. 3 din Constituţia României republicată, judecătorii sunt „independenţi şi se supun numai legii". Realizarea acestei cerinţe inerente unui act de justiţie înfăptuit în numele legii, imparţial şi egal pentru toţi este posibilă şi numai prin garanţii privind însuşi judecătorul. Astfel, în primul rând, în România, judecătorii sunt *inamovibili*, respectiv nu pot fi eliberaţi din funcţie, suspendaţi, pensionaţi prematur, avansaţi sau transferaţi prin voinţa arbitrară a altei autorităţi sau cu încălcarea regulilor specifice prevăzute de lege (conform art. 125 alin. 2 din Constituţia României republicată)[26]. Inamovibilitatea este considerată *„acea stare de drept care îi protejează pe judecători de riscul de a fi demişi, destituiţi sau retrogradaţi din funcţie fără temei legal ori mutaţi la alte instanţe, prin delegare, detaşare sau chiar promovare, fără consimţământul lor"*[27]. În al doilea rând, în România, judecătorii sunt numiţi sau revocaţi din funcţie de către Preşedintele României, la propunerea Consiliului Superior al Magistraturii (conform art. 125 alin. 1 şi 2 din Constituţia României republicată). În al treilea rând, funcţia de judecător este *incompatibilă* cu orice altă funcţie publică sau privată, cu excepţia funcţiei didactice din învăţământul superior de specialitate (conform art. 125 alin. 3 din Constituţia României republicată)[28].

Organele judiciare cu competențe în „desfășurarea procesului penal și a altor proceduri judiciare în legătură cu o cauză penală" (art. 1 alin. 1 Cod.proc.pen.) sunt cele expres prevăzute în art. 29-30 Cod.proc.pen., iar competența acestor organe este expres reglementată în art. 35-76 Cod.proc.pen., prevederi completate evident cu alte norme procesuale penale (de exemplu art. 203 Cod.proc.pen. privind organul judiciar competent și actul prin care se dispune asupra măsurilor preventive; art. 249 Cod.proc.pen. privind luarea măsurilor asigurătorii; art. 266 Cod.proc.pen. privind executarea mandatului de aducere; art. 299 Cod.proc.pen. privind competența procurorului de a supraveghea activitatea organelor de cercetare penală; art. 349 alin. 1 Cod.proc.pen. privind rolul instanței de judecată etc.).

Sunt participanți în procesul penal (conform art. 29-34 Cod.proc.pen.): 1. ***organele judiciare*** (instanțele judecătorești, judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară[29], procurorul, organele de cercetare penală); 2. ***avocatul; 3. părțile (***sunt subiecții procesuali care exercită sau împotriva cărora se exercită o acțiune judiciară, respectiv i**nculpatul** – conform art. 82 Cod.proc.pen.inculpatul este persoana împotriva căreia s-a pus în mișcare acțiunea penală; **partea civilă** – conform art. 84 Cod.proc.pen.– partea civilă este persoana vătămată (persoană fizică sau juridică) care exercită acțiunea civilă în cadrul

[26] Ion Deleanu, *Instituţii şi proceduri constituţionale– în dreptul comparat și în dreptul român – tratat*, p. 654.
[27] Decizia Curţii Constituţionale nr. 375/ 2005, publicată în M. Of. nr. 591 din 8 iulie 2005.
[28] A se vedea, pentru detalii, Tamara Manea, *Îndatoririle etice ale judecătorilor şi procurorilor*, în Revista „Dreptul" nr. 1/2009, pp. 99-113.
[29] Despre procedura în camera preliminară și competnța judecătorului de cameră preliminară – ca aspecte de noutate aduse de intrarea în vigoare a noului Cod de procedură penală al României – a se vedea Ramona Mihaela Coman, *Preliminary chamber – evolution or involution in the Romanian criminal procedure*, în Revista „Curentul Juridic", nr. 2/2014, pp. 95-100; Andrei Zarafiu, *Atribuțiile judecătorului de cameră preliminară și procedura în camera preliminară*, în Revista „Curierul Judiciar", nr. 5/2014, pp. 271-281; Laviniu Florin Uşvat, *Este camera preliminară o fază distinctă a procesului penal?*, în Revista „Dreptul", nr. 3/2014, pp. 91-104.

procesului penal; **partea responsabilă civilmente** – conform art. 86 Cod.proc.pen.– este persoana chemată în procesul penal să răspundă civil pentru prejudiciul cauzat prin infracțiune); 4. subiecții procesuali principali (care sunt: **suspectul** – conform art. 77 Cod.proc.pen.– este persoana cu privire la care, din datele și probele existente în cauză, rezultă bănuiala rezonabilă că a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală; **persoana vătămată** (victima) – conform art. 79 Cod.proc.pen.– este persoana (fizică sau juridică) care a suferit prin fapta penală o vătămare fizică, materială sau morală) și 5. alți subiecți procesuali (care sunt: **martorul, expertul, interpretul, agentul procedural, organele speciale de constatare, orice alte persoane sau organe prevăzute de lege).**

S-a susținut în literatura de specialitate că principalii participanți la procesul penal sunt organele judiciare și părțile[30].

3. Reglementări-cadru privind măsurile procesuale penale, în special cele preventive.

Cadrul constituțional privind libertatea și siguranța persoanei este stabilit prin art. 23 din Constituția României republicată. Art. 23 din Constituţie proclamă ca inviolabile ***libertatea individuală*** și ***siguranța persoanei,*** astfel că textul constituțional garantează atât libertatea fizică a individualui de a se comporta și mișca liber, dar oferă fiecărui cetățean și garanţia că autorităţile publice vor acţiona legal în situaţiile care presupun privarea de libertate a persoanelor[31]. Astfel:

- singurele situaţii în care o persoană poate fi privată de libertate sunt: reţinerea, percheziţionarea şi arestarea, care trebuie făcute numai în condiţiile stabilite de lege;
- pentru a oferi o mai mare garanţie cetăţenilor, Constituţia revizuită prevede că arestarea preventivă poate fi dispusă de judecător şi numai în cursul procesului penal, pe anumite perioade (termene care nu pot depăşi 30 de zile), dar fără depăşirea unui termen de 180 de zile;
- există obligativitatea de a aduce de îndată la cunoştinţa persoanei reţinute sau arestate motive reţinerii sau arestări ori învinuiri, prezenţa unui avocat, numit din oficiu sau ales, fiind obligatorie;
- procedura eliberării provizorii;
- prezumţia de nevinovăţie;
- principiul legalităţii pedepsei;
- sancţiunea privativă de libertate este doar de natură penală, putând fi aplicată în condiţiile legi, numai pentru săvârşirea unei fapte penale.

Măsurile procesuale sunt dispuse de către organele judiciare și constau în *privațiuni sau constrângeri personale sau reale ori de protecție determinate de condițiile în care se desfășoară procesul penal*[32].

[30] Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, vol. I, ediția a III-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 645.
[31] Ioan Muraru, Simina Tănăsescu, *Drept constituţional şi instituţii politice*, vol. I, p. 166.
[32] Anastasiu Crișu, *Drept procesual penal*, p. 284.

Măsurile procesuale pot fi dispune numai în cadrul procesului penal și pot avea doar caracter provizoriu[33].

Măsurile preventive sunt *măsuri restrictive de libertate* și ca atare, cele mai grave[34], precum și măsuri privative sau restrictive de libertate sau de drepturi[35].

Scopul instituirii unor măsuri preventive lor este acela de a asigura buna desfășurare a procesului penal ori pentru a împiedica sustragerea suspectului sau inculpatului de la urmărirea penală, de la judecată ori de la executarea pedepsei (conform art. 202 Cod.proc.pen.).

Măsurile preventive pot fi luate de organele judiciare, în cazul infracțiunilor pedepsite cu detențiunea pe viață sau cu închisoarea.

Sunt măsuri preventive reglementate de actualul Cod.proc.pen.: reținerea; controlul judiciar; controlul judiciar pe cauțiune; arestul la domiciliu; arestarea preventivă.

Pentru luarea unei măsuri preventive trebuie îndeplinite *cumulativ*, o serie de *condiții*[36], expres prevăzute de normele procesuale penale (în special în art. 202, 209, 211, 216, 218, 223 Cod.proc.pen.). Apoi, alegerea eventualei măsuri preventive care urmează a fi dispusă se face în funcție de o serie de *criterii* prevăzute de art. 202 alin. 3 Cod.proc.pen.: proporționalitatea cu gravitatea acuzației, de gradul în care ar controbui la atingerea scopului instituirii unei asemena măsuri. La care sunt, de obicei avute în vedere, și gradul de pericol social al infracțiunii, de sănătatea, vârsta, antecedentele și alte situații privind persoana față de care se ia măsura (de ex.: modul de operare, persistența în a avea un comportament anti-social etc.).

Deoarece sunt măsuri restrictive de libertate, prevederile legale care le reglementează sunt de strictă interpretare și totodată, se constituie într-o garanție procesuală a ocrotirii libertății persoanei[37].

Alte măsuri procesuale care pot fi dispuse în cadrul unui proces penal sunt așa numitele „*măsuri asigurătorii”.* Sunt reglementate în art. 249-256 Cod.proc.pen. și repezintă o garanție a soluționării laturii civile[38], constând în indisponibilizarea (prin ordonanța procurorului în timpul urmăririi penale sau a încheierii motivate în timpul judecății) unor bunuri imobile sau mobile, prin instituirea sechestrului, în vederea garantării reparării pagubei produse prin infracțiune, executării pedepsei amenzii penale ori a măsurii de siguranță a confiscării[39]. De asemenea, sunt ouse la dispoziția organelor judiciare competente și poprirea (art. 254 Cod.proc.pen.); restituirea lucrurilor (art. 255 Cod proc. pen.); restabilirea situației anterioare (art. 256 Cod.proc.pen.).

[33] Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, 2013, p. 551.
[34] Anastasiu Crișu, *Drept procesual penal*, p. 286.
[35] Mihail Udroiu, *Procedură penală. Partea generală. Partea specială*, ediția a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 242.
[36] Ion Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, 2013, pp. 544-546; Anastasiu Crișu, *Drept procesual penal*, p. 290.
[37] Anastasiu Crișu, *Drept procesual penal*, p. 289.
[38] Anastasiu Crișu, *Drept procesual penal*, p. 347.
[39] Mihail Udroiu, *Procedură penală. Partea generală. Partea specială*, 2013, pp. 365-385.

Art. 44 din Constituția României republicată garantează și protejează *dreptul de proprietate privată*[40], stabilind și mijloacele specifice de garantare: recunoaşterea dreptului de proprietate, prin garantarea și ocrotirea în mod egal, tuturor persoanelor (inclusiv cetăţenilor străini şi apatrizi, în condiţiile rezultate din tratatele şi acordurile internaţionale la care România este parte şi în condiţii de reciprocitate); interzicerea exproprierilor fără motiv de utilitate publică şi fără o dreaptă şi prealabilă despăgubire; interzicerea oricăror naţionalizări sau altor forme de trecere silită a unor bunuri în proprietate publică pe considerente discriminatorii; interzicerea confiscării averii legal dobândite, caracterul legal al averii fiind prezumat (alin. 8); confiscarea, numai în condițiile legii, a bunurilor destinate, folosite sau rezultate din infracțiuni ori contravenții (alin. 9).

4. Reglementări-cadru privind imunitățile de jurisdicție.

Constituția și sfera dreptului constituțional operează cu noțiunea de „inviolabilitate". Inviolabilitatea reprezintă o *imunitate de procedură*[41] ce presupune *reguli procedurale speciale derogatorii de la cele de drept comun* privind tragerea la răspundere juridică. În primul rând, este vorba numai de fapte săvârşite de parlamentar/menbru al Guvernului/șeful statului, dar care nu au legătură cu exercitarea atribuţiilor. În al doilea rând, inviolabilitatea protejează numai cu privire la răspunderea penală. Imunitatea nu reprezintă o cauză de exonerare de răspundere juridică, ci doar o modalitate de protecţie a mandatului parlamentar/mandatului guvernamental și al celui al șefului statului[42] (art. 72, art. 84, art. 109 din Constituția României republicată). Totodată, există prevederi constituționale care instituie o serie de reguli speciale privind percheziţionarea, reţinerea şi arestarea parlamentarului/membrului Guvernului, competenţa specială de urmărire şi de trimitere în judecată şi judecarea.

Astfel, parlamentarii pot fi urmăriţi şi trimişi în judecată penală și pentru faptele care nu au legătură cu voturile sau opiniile exprimate în exercitarea mandatului, dar percheziţionarea, reţinerea sau arestarea se pot face *numai cu încuviinţarea* Camerei Parlamentului din care fac parte, după ascultarea lor (procedura *ridicării imunității*). Urmărirea şi trimiterea în judecată intră în competenţa Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, iar competenţa de judecată aparţine Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie (art. 72 alin. 1 şi 2 din Constituţia României republicată). În caz de infracţiune flagrantă, parlamentarii pot fi reţinuţi sau percheziţionaţi, dar ministrul justiţiei are obligaţia de a-l informa de îndată pe preşedintele Camerei din care face parte parlamentarul, pentru a declanşa procedura ridicării imunităţii. Dacă, însă, Camera sesizată constată că nu există

[40] Dreptul de proprietate este considerat unul dintre fundamentale societăţii umane – „Primul om care, împrejmuindu-şi un teren, a îndrăznit să spună: acesta este al meu şi a găsit oameni destul de săraci cu duhul încât să-l creadă a fost adevăratul întemeietor al societăţii civile" – a se vedea J.J. Rousseau, *Discurs asupra originii şi fundamentelor inegalităţii dintre oameni*, Ed. Best Publishing, 2001, p. 58. În general, despre dreptul de proprietate, a se vedea Ovidiu Ungureanu, Ion Traian Ştefănescu, *Reflecţii privind conţinutul şi definiţia dreptului de proprietate*, în Revista „Dreptul" nr. 4/2009, pp. 54-76.

[41] Ion Deleanu, *Instituţii şi proceduri constituţionale – în dreptul comparat şi în dreptul român*, p. 529; Ioan Muraru în Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Constituţia României – Comentariu pe articole*, p. 683.

[42] Maria Năstase Georgescu, Simona Th. Livia Mihăilescu, *Drept constituţional şi instituţii politice*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p. 282.

temei pentru reţinere, poate dispune neîntârziat revocarea măsurii reţinerii (art. 72 alin. 3 din Constituţia României republicată). Cererea de reţinere, arestare sau percheziţie se adresează preşedintelui Camerei de către Ministrul Justiţiei. Camera hotărăşte asupra cererii cu votul secret al majorităţii membrilor săi. Hotărârea Camerei se comunică de îndată Ministrului Justiţiei şi se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I, în termen de 3 zile. Data comunicării către Ministrul Justiţiei este data intrării în vigoare a hotărârii[43].

Inviolabilitatea Preşedintelui României îmbracă o formă specifică, deoarece imunitatea îl protejează pe acesta pe întreaga durată a mandatului pentru fapte de încălcare a legii care nu au legătură cu exercitarea mandatului. Astfel, Preşedintele nu poate fi percheziţionat, reţinut, arestat sau urmărit penal ori trimis în judecată şi judecat în timpul mandatului pentru asemenea fapte[44]. Singura situaţie în care în timpul mandatului, poate fi declanşată procedura pentru tragere la răspundere juridică (penală) a Preşedintelui României este pentru „înaltă trădare". De la data punerii sub acuzare până la data demiterii, Preşedintele României este suspendat de drept. Competenţa de judecată aparţine Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie. Preşedintele este demis de drept la data rămânerii definitive şi irevocabile a hotărârii de condamnare.

Împotriva unui membru al Guvernului se poate cerere *începerea urmăririi penale*. Cererea de începere a urmăririi penale poate fi făcută numai de Camera Deputaţilor, Senat şi Preşedintele României pentru fapte săvârşite în exerciţiul funcţiei publice. În cazul membrilor Guvernului sau foştilor membri ai Guvernului care la data solicitării urmăririi penale au sau aveau şi calitatea de membru al Parlamentului, cererea de începere a urmăririi penale, însoţită de cererea de ridicare a imunităţii parlamentare (dacă este cazul) se va adresa Camerei parlamentare din care fac sau au făcut parte. Pentru membrii Guvernului care nu cumulează şi calitatea de parlamentar, cererea de urmărire penală este de competenţa Preşedintelui României[45]. Trimiterea în judecată este de competenţa Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie. Competenţa de judecată revine Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie.

Codul de procedură penală conține o serie de reglementări speciale (conturând așa numita imunitate de jurisdicție) în cazul în care, în procesul penal, suspectul sau inculpatul au o calitate specială (în principal, dețin funcții sau demnități publice). Reglementările vizează competența organelor judicare de efectuare a actelor și luare a măsurilor în cadul unui proces penal cu asemenea participanți. Astfel, conform art. 40 Cod.proc.pen., Înalta Curte de Casație și Justiție judecă *în primă instanță* infracțiunile săvârșite de persoane cu calități sau funcții speciale (publice sau de demnitate publică): senatori, deputați și europarlamentari; membrii Guvernului; judecători ai Curții Constituționale; membrii Consiliului Superior al Magistraturii; judecători de la Înalta Curte de Casație și Justiție, procurori ai Parchetului de pe lânga Înalta Curte de Casație și Justiție. De asemenea, există situaţii expres prevăzute în care *urmărirea penală poate începe doar* dacă este îndeplinită *condiţia care permite punerea în*

[43] Art. 24 din Legea nr. 96/2006 privind Statutul deputaţilor şi al senatorilor, republicată în M. Of. nr. 411 din 8 iulie 2013.
[44] Pentru detalii despre imunitatea şefului statului – a se vedea Daniel Nițu, *Imunitatea şefului de stat în dreptul penal*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, pp. 70-89.
[45] Decizia Curţii Constituţionale nr. 270 din 10 martie 2008, publicată în M.Of. nr. 169 din 5 martie 2008.

mişcare a acţiunii penale. Astfel, în unele situaţii declanşarea răspunderii penale poate fi făcută doar la *sesizarea sau autorizarea organului competent* (este cazul autorizării (solicitării) Parlamentului sau a Peşedintelui României privind tragerea la răspundere penală a membrilor Guvernului. În plus, pentru luarea unor măsuri procesuale este necesară şi încuvinţarea Camerei parlamentare cu privire la efectuarea unei percheziţii/reţineri/arestări preventive vizând un parlamentar.

5. Reglementări-cadru privind anumite drepturi ale persoanelor în situaţia în care dobândesc o calitate în procesul penal.

În primul rând, principiul[46] constituţional conform căruia restrângerea exerciţiului unor drepturi şi libertăţi poate avea doar caracter de excepţie (deci de strictă interpretare şi aplicare) se constituie într-o garanţie importantă pentru protecţia drepturilor şi a libertăţilor omului[47]. Este prevăzut în art. 53 din Constituţia României republicată, şi este permisă restrângerea exerciţiului unor drepturi sau a unor libertăţi fundamentale[48], doar ca măsură excepţională, dacă este necesară într-o societate democratică şi cu caracter temporar[49].

În al doilea rând, conform art. 53 din Constituţia României republicată, restrângerea se poate face numai prin *lege, condiţionat* (numai dacă este necesară într-o societate democratică, să fie proporţională cu situaţia care a determinat-o, aplicată nediscriminatoriu şi fără a aduce atingere existenţei dreptului sau a libertăţii), *temporar* şi numai în următoarele *scopuri*: apărarea securităţii naţionale; apărarea ordinii, a sănătăţii sau a moralei publice; apărarea drepturilor şi libertăţilor cetăţenilor; desfăşurarea instrucţiei penale; prevenirea consecinţelor unor calamităţi naturale, ale unui dezastru ori sinistru deosebit de grav.

Restrângerea exerciţiului unor drepturi şi libertăţi se poate face numai prin ***lege***, fiind avut în vedere *sensul restrâns* al termenului lege, respectiv doar actele normative purtând această denumire emise de Parlamentul României în calitate de unică autoritate legislativă. Sunt astfel excluse chiar şi actele normative delegate (emise ca urmare a delegării legislative, respectiv ordonanţele şi ordonanţele de urgenţă ale Guvernului)[50].

Condiţionarea impunerii unei asemenea restrângeri de *necesitatea ei într-o societate democratică* se fundamentează pe nevoia de a limita totuşi competenţa statelor de a recurge la

[46] Despre definirea principiului exerciţiului unor drepturi şi libertăţi în doctrină şi jurisprudenţă pe larg, a se vedea Dumitru V. Big, *Restrângerea exerciţiului libertăţilor publice*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2008, pp. 16-30.

[47] Maria Năstase Georgescu, Simona Th. Livia Mihăilescu, *Drept constituţional şi instituţii politice*, p. 157.

[48] Pentru amănunte, a se vedea Elena Simina Tănăsescu în I. Muraru şi E.S. Tănăsescu (coord.), *Constituţia României – comentariu pe articole*, pp. 530-546; Dan Claudiu Dănişor, *Consideraţii privind reglementarea constituţională a restrângerii exerciţiului unor drepturi sau a unor libertăţi*, în Noua Revistă de Drepturile Omului nr. 2/2008, pp. 3-22.

[49] De exemplu, reducerea veniturilor salariale ale angajaţilor bugetari cu 25% în perioada iulie-decembrie 2010, impusă prin Legea nr. 118/2010 privind unele măsuri necesare în vederea restabilirii echilibrului bugetar, publicată în M. Of. nr. 441 din 30 iunie 2010.

[50] Punctul de vedere este împărtăşit de marea majoritate a doctrinei, mai ales după revizuirea Constituţiei României care a avut loc în 2003 – a se vedea Elena Simina Tănăsescu în Ioan Muraru şi Elena Simina Tănăsescu (coord.), *Constituţia României – comentariu pe articole*, pp. 535-537. Pentru un punct de vedere contrar, conform căruia textul legii fundamentale nu exclude posibilitatea reglementării unor restricţii şi prin instituţia delegării legislative (respectiv prin acte normative cu o forţă juridică egală cu a legii), atâta timp cât norma constituţională nu prevede expres că asemenea limitări sunt de domeniul legii organice – a se vedea Dumitru V. Big, *Restrângerea exerciţiului libertăţilor publice*, p. 37.

măsuri restrictive (eventual cu un vădit caracter antidemocratic) în situaţii care depăşesc sfera normalului, asigurându-se astfel legitimitatea unei asemenea măsuri[51].

Caracterul temporar al unei astfel de decizii se bazează pe aceeaşi condiţie, măsura să fie necesară într-o societate democratică, respectiv să nu existe o altă cale de acţiune pentru salvarea sau apărarea valorilor puse în pericol[52].

Respectarea *principiului proporţionalităţii* în cazul aplicării unor restrângeri ale exerciţiului unor drepturi sau libertăţi în baza art. 53 din Constituţie se materializează într-o relaţie justă şi rezonabilă dintre măsura respectivă (şi implicit mijloacele utilizate) şi scopul urmărit prin luarea unei asemenea măsuri[53].

Textul constituţional impune în mod special ca şi în situaţia restrângerii exerciţiului unor drepturi şi libertăţi sa fie respectat principiu fundamental al egalităţii, prin aplicarea măsurii restrângerii în mod *nediscriminatoriu*.

Dar, necesitatea de a permite atingerea scopului unor reglementări sau măsuri și de a da eficiență acestora, a impus și posibilitatea de a impuse reguli speciale derogatorii de la cele de drept comun. De exemplu, sunt declarate inviolabile libertatea individuală și siguranța (analizate mai sus); domiciliul şi locuința (art. 27); secretul corespondenţei şi a celorlalte mijloace de comunicare (art. 28 din Constituţie); libertatea de exprimare (art. 30). De asemenea, sunt declarate garantate: dreptul la liberă circulație (art. 25); dreptul la informație (art. 31); accesul la cultură (art. 33); dreptul la ocrotirea sănătății; dreptul de vot (art. 36); dreptul de a fi ales (art. 37); interzicerea muncii forțate (art. 42); dreptul la grevă (art. 43); dreptul de proprietate (art. 44). Și, cu toate acestea, fie chiar textul legii fundamentale și legi speciale impun o serie de restricții și limitări în dobândurea sau exercitarea acestor drepturi.

Uneori, asemenea limitări sau restricții au relevanță și aplicabilitate în sfera procesului penal.

În vederea atingerii scopului normelor procesuale penale (art. 1 alin. 1 Cod.proc.pen. - asigurarea exercitării eficiente a atribuțiilor organelor judiciare cu garantarea drepturilor părților și a celorlalți participanți în procesul penal astfel încât să fie respectate prevederilor Constituției, a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, ale celorlalte reglementări ale Uniunii Europene în materie procesuală, precum și ale pactelor și tratatelor privitoare la drepturile fundamentale ale omului la care România este parte), sunt reglementate, în cadrul constituțional prefigurat de legea fundamentală, o serie de măsuri care pot fi considerate limitări sau restrângeri (legale) ale exercitări unor drepturi și libertăți fundamentale.

Astfel, deși *secretul corespondenţei şi a celorlalte mijloace de comunicare* (art. 28 din Constituţia României republicată) sunt declarate inviolabile prin art. 28 din Constituția României republicate, există situaţii strict prevăzute de lege (în speță art. 11 alin. 2 Cod.proc.pen.) în care secretul corespondenţei nu mai este protejat, restrângerea putând

[51] Elena Simina Tănăsescu în Ioan Muraru şi Elena Simina Tănăsescu (coord.), *Constituţia României – comentariu pe articole*, pp. 537 şi 538.
[52] Elena Simina Tănăsescu în Ioan Muraru şi Elena Simina Tănăsescu (coord.), *Constituţia României – comentariu pe articole*, p. 538.
[53] Elena Simina Tănăsescu în Ioan Muraru şi Elena Simina Tănăsescu (coord.), *Constituţia României – comentariu pe articole*, p. 541.

interveni numai din necesitatea de a descoperi infracţiuni sau infractori[54]. Acceași situația o întâlnim și cu privire la i*nviolabilitatea domiciliului şi a reşedinţei* (art. 27 din Constituţie). Plecând de la regula de bază că pătrunderea în domiciliul unei persoane fără acordul acesteia este interzisă, totuși sunt prevăzute, cu titlul de excepție și situații în care violarea este permisă: pentru executarea unui mandat de arestare sau a unei hotărâri judecătoreşti etc.

Dreptul la ocrotirea vieţii intime, familiale şi private (art. 26 din Constituţia României republicată) presupune și obligația persoanei de a-și exercita acest drept fără a aduce atingere drepturilor şi libertăţilor altor indivizi, ordinii publice şi bunelor moravuri. În caz contrar, este posibilă luarea unor măsuri restrictive precum măsurile de siguranță prevăzute în art. 245 Cod.proc.pen. (obligarea provizorie la tratament medical) și art. 247 Cod.proc.pen. (internarea medicală provizorie).

Deși *munca forţată este interzisă* prin Constituție (art. 42), tot Constituția stabilește că nu constituie muncă forţată, printre altele, munca unei persoane condamnate.

Dreptul de vot (art. 36 din Constituţia României republicată) nu este totuși acordat, printre altele, persoanelor condamnate la pierderea drepturilor electorale, prin hotărâre judecătorească definitivă şi irevocabilă. Iar, în cazul anumitor funcții publice sau funcții de demnitate publică, dobândirea acestora este condiționată de lipsa antecedentelor penale.

Deși, lecturând textul legii fundamentale, se poate ușor observa că lista prevederile constituționale care reglementează (direct sau indirect) aspecte de drept procesual penal român este destul de lungă: aproximativ 28 de articole (sau prevederi din acestea)[55], nu este aspectul care are importanță.

Ceea ce este important pentru a putea vorbi de un proces de constituționalizare a unei ramuri de drept, în speță a dreptului procesual penal român, nu contează numărul de prevederi de nivel constituțional care există, ci: modul în care reglementările de principiu sunt receptate și implementate coerent la nivelul ramurii de drept; și pe cale de consecință, modul în care sunt respectate astfel, aceste reglementări de nivel constituțional, în primă fază de legislația secundară și, ulterior, de modalitatea de punere în executare la situații concrete.

[54] Mihai Constantinescu, Antonie Iorgovan, Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Constituţia României revizuită – comentarii şi explicaţii,* p. 56.

[55] Art. 1, 15, 16, 20, 21-25, 26, 27, 42, 44, 52, 53, 72, 73, 84, 96, 124, 126-129, 131-134 din Constituția României republicată.

CHILDREN'S RIGHTS PROTECTION: AN INTERDISCIPLINARY APPROACH

Alina Gentimir, Assist. Prof., PhD, "Al. Ioan Cuza" University of Iași

Abstract: The paper aims to underline the necessity to refer to the issues of the children in an interdisciplinary manner for a comprehensive and accurate analysis. International and national regulations and case law of the main international mechanisms of children's rights protection enshrine and guarantee both substantive rights such as, right to education, right to private and family life, prohibition of discrimination, liberty of religion, liberty of expression and procedural rights such as right to access to a court, right to a proper defence. The State is obliged, as for all the other fundamental rights, to respect the rights of the child and, therefore, to ensure that its action does not prevent the enjoyment of these rights. Beyond that obligation, which arises, as the law currently stands, from the international commitments of the States and national provisions related to the activities concerning children, and contribute to the implementation of their rights.

A proper study of these children's right should take into consideration current challenges of international community: child trafficking, international child abductions, child soldiers, child bullying, abuses against children on Internet. The preventive measures for all kind of children's rights violations and the obligations of the states in normative and practice arias must be established in function of the primary interest of the children.

Keywords: children's rights, abuses, protection, state obligations, primary interest of the child.

1. INTRODUCERE

Drepturile omului s-au erijat în a se identifica drept un concept *sui generis* care îşi au sursa în caracterul interdisciplinar al acestui concept, fie că se evidenţiază apartenenţa acestuia la ştiinţelor juridice, fie că se subliniază joncţiunea ştiinţelor juridice cu ştiinţele politice, ştiinţele sociale. Dimensiunea externă a conceptului drepturilor omului este dublată de dimensiunea internă care creionează conexiunile dintre materia drepturilor omului cu dreptul penal general sau special, criminologie, procedură penală.

Între diviziunile drepturile omului stabilite în funcţie de criteriile *ratione personae* se remarcă drepturile copilului. Vulnerabilitatea acestora atrage şi justifică pe deplin o atentă reglementare a catalogului drepturilor copiilor şi o organizare solidă şi o funcţionare cu maximă eficienţă a mecanismelor de protecţie a drepturilor copiilor, indiferent de caracterul general sau specializat al acestora ori de incidenţa internaţională, regională sau naţională a hotărârilor pe care acestea le pronunţă.

Indiferent de caracterul lor, acţiunile vătămătoare îndreptate asupra copiilor trebuie să fie analizate din multiple perspective – sociologică, psihologică, criminologică, penală, procesual penală – pentru o completă şi eficientă prevenire şi corectare, dar şi pentru o

satisfacere a unui scop educativ la nivelul întregii societăţi. Abordarea interdisciplinară a situaţiilor în care sunt implicaţi, în vreun fel sau altul, copiii este evidenţiată integral de domeniul drepturilor omului.

Principiile care guvernează drepturile copilului se influenţează reciproc atât în privinţa conţinutului, cât şi a aplicării lor în sine. Toate acţiunile privind copilul trebuie întreprinse avându-se în vedere interesul superior al copilului şi că toţi copiii sunt egali în faţa legii indiferent de rasă, culoare, sex, limbă, religie, opinie politică sau altă opinie, naţionalitate, apartenenţă etnică sau origine socială, situaţie materială, incapacitate fizică, statul legal la naştere sau de statut dobândit al copilului sau al părinţilor sau a reprezentanţilor legali ai acestuia. Deopotrivă, esenţial este ca drepturile şi responsabilităţile ambilor părinţi să fie acceptate în a fi transpuse exhaustiv în relaţiile acestora cu copilul lor. Nu în ultimul rând, trebuie avut în vedere cel de al treilea actor, care deşi este terţ raporturilor parentale propriu-zise, îndeplineşte un rol esenţial în crearea şi dezvoltarea firească a acestora: statul este obligat să asiste părinţii şi copiii şi să ofere bunăstarea necesară familiilor, în special a celor nevoiaşe.

În concordanţă cu formele de vătămare a copiilor, sunt delimitate mai multe tipuri de drepturi ale copiilor. Traficul de copii în toate formele sale, răpirile internaţionale, violenţa domestică, violenţa în şcoli, folosirea copiilor drept combatanţi direcţi în cadrul conflictelor armate cu caracter naţional sau internaţional, abuzurile în variate forme împotriva copiilor săvârşite pe Internet sunt analizate din perspectiva drepturilor-libertăţi, drepturilor-creanţă şi drepturilor procedurale [1] aparţinând copiilor.

2. CADRU NORMATIV

În pofida varietăţii provocărilor care au în centru copilul, nu s-a intervenit proporţional nici la nivel internaţional, nici la nivel regional sau naţional pentru a se institui un cadru normativ stabil şi coerent care să reglementeze proceduri şi măsuri de prevenire, investigare şi sancţionare a celor care aduc atingere în vreun fel sau altul copiilor.

Sursa iniţială de consacrare şi garantare a unei protecţii efective a drepturilor copiilor este constituită de instrumente adoptate în cadrul Organizaţiei Naţiunilor Unite – convenţii, protocoale, rezoluţii, ghiduri – fie că au caracter general, precum *Pactul Internaţional cu privire la drepturile civile şi politice*, fie că au caracter specializat, aşa ca *Declaraţia drepturilor copiilor* sau *Convenţia drepturilor copiilor*.

Abordarea internaţională şi-a găsit prelungirea în reglementarea regională abia prin adoptarea *Cartei drepturilor fundamentale* la nivelul Uniunii Europene, astfel compensându-se precaritatea normativă şi jurisprudenţială europeană în acest domeniu. Articolul 24 al Cartei, într-o formulare generală, dar cuprinzătoare, prevede „copiii au dreptul la protecția și îngrijirile necesare pentru asigurarea bunăstării lor. Ei își pot exprima în mod liber opinia. Aceasta se ia în considerare în problemele care îi privesc, în funcție de vârsta și gradul lor de maturitate.(2) În toate acțiunile referitoare la copii, indiferent dacă sunt realizate de autorități publice sau de instituții private, interesul superior al copilului trebuie să fie considerat primordial.(3) Orice copil are dreptul de a întreține cu regularitate relații personale și contacte directe cu ambii părinți, cu excepția cazului în care acestea sunt contrare interesului său.”

3. PROTECŢIA DREPTURILOR-LIBERTĂŢI ALE COPIILOR

Cele mai frecvente situaţii în cadrul cărora sunt implicaţi copiii sunt circumscrise drepturilor-libertăţi. Indiferent dacă aceste drepturi pot sau nu să aibă limitări, protecţia acestora trebuie să fie asigurată.

a. Protecţia drepturilor absolute ale copiilor

Din nefericire, realitatea demonstrează că trei din cele patru drepturi care formează categoria drepturilor care nu pot suferi limitări nici în mod excepţional – dreptul la viaţă, interzicerea tratamentelor inumane, degradante, a torturii, interzicerea sclaviei, muncii forţate, obligatorii – afectează existenţa copiilor.

Violenţa îndreptată împotriva copiilor, fără deosebire de mediul în care se exercită – mediul familial, mediul şcolar, mediul social imediat, mediul comunitar extins, pe timp de pace sau în cadrul conflictelor armate – atrage atenţia asupra respectării **dreptului la viaţă**, dar şi interzicerea tratamentelor inhumane, degradante sau chiar a torturii.

Protecţia vieţii copilului implică îndeplinirea de către autorităţile statelor a unor obligaţii atât substanţiale, precum obligaţia de a asigura protecţia vieţii şi sănătăţii copiilor contra oricărei activităţi periculoase, desfăşurate în mediul public sau în mediul privat. Aceste obligaţii satisfac atât efectul vertical al protecţiei, fiind avute în vedere acţiunile sau inacţiunile organelor statelor membre în raporturile cu copiii şi membrii familiilor lor, cât şi efectul orizontal, luându-se în considerare relaţiile care se stabilesc în cadrul familei.

În concret, autorităţile statelor trebuie să ia măsuri atunci când viaţa unui copil este ameninţată de acţiunile unui membru al familiei sau altă persoană – CEDO, *Kayak v. Turcia,* hotărârea din 10 iulie 2012. Pentru a satisface îndeplinirea acestei obligaţii, măsurile trebuie să fie unele rezonabile în vederea împiedicării materializării riscului cert şi imediat de suprimare a vieţii copilului – CEDO, *Opuz v. Turcia*, hotărârea din 9 iunie 2009, *R.R. şi alţii c. Ungaria*, hotărârea din 4 decembrie 2012.

Alături de aceste obligaţii substanţiale este necesar a fi îndeplinite şi obligaţii de ordin procedural care includ efectuarea unor investigaţii în cazul decesului copiilor ca urmare a acţiunii criminale a unor persoane, precum şi de prindere şi sancţionare a autorilor unor astfel de acte criminale, toate aceste activităţi procedurale trebuind să satisfacă condiţii de independenţă, imparţialitate, integralitate, efectivitate – CEDO, *Nencheva şi alţii c. Bulgaria*, hotărârea din18 decembrie 2013.

Dincolo de fenomenele enunţate, domeniul de aplicare al dreptului la viaţă constituie sursa unor intense dispute doctrinare şi jurisprudenţiale. Asimilarea copilului nenăscut celui născut şi recunoaşterea pentru acesta a unui drept la viaţă este încă considerată de judecătorii de la Strasbourg ca fiind un subiect delicat, care este lăsat în sarcina statelor membre pentru a fi reglementat – CEDO, *Boso c. Italia*, hotărârea din 5 septembrie 2002.

Protecţia integrităţii fizice şi psihice a copiilor presupune ca să fie împiedicată orice fel de acţiune vătămătoare la adresa unui copil, deşi reglementările din materia drepturilor omului impun satisfacerea anumitor standarde unor astfel de acţiuni pentru a fi calificate **tratamente inumane, tratamente degradante, tortură** ori pentru a intra sub incidenţa dreptului la viaţă privată.

Pedepsele corporale aplicate copiilor acasă – CEDO, *A. c. Marea Britanie*, hotărârea din 23 septembrie 1998 – sau la şcoală – CEDO, *Tyrer c. Marea Britanie*, hotărârea din 25

aprilie 1978 – îndeplinesc criteriile de intenţie deliberată în provocarea de suferinţe fizice şi mentale de o anumită intensitate copilului cu scopul de a-l umili în faţa altora sau de a-i crea un sentiment de angoasă, de inferioritate.

Situaţia minorilor din centrele de detenţie unde se află fie datorită faptelor reprobabile pe care le-au săvârşit – CEDO, *Maslov v. Austria*, hotărârea din 23 iunie 2008, fie în vederea deportării – CEDO, *Muskhadzhiyeva şi alţii v. Belgia*, hotărârea din 19 ianuarie 2010 aduce în atenţie necesitatea ca să se aibă grijă de sănătatea fizică şi mentală pe perioada de detenţie, pentru ca ulterior acesteia să se asigure reintegrarea minorilor.

Vârsta copilului poate amplifica severitatea actului şi, în consecinţă, să aibă efecte asupra calificării actului drept tortură - CEDO, *A. c. Marea Britanie*, hotărârea din 23 septembrie 1998. Această calificare a fost dată şi abuzurilor sexuale prelungite la care au fost supuşi minorii – CEDO, *E. şi alţii c. Marea Britanie*, hotărârea din 26 noiembrie 2002. Deopotrivă, calitatea autorului abuzurilor sexuale, de organ al statului, îndreptăţeşte de a considera că actul satisface gravitatea deosebită avută în vedere de articolul 3 al Convenţiei europene a drepturilor omului – CEDO, *Aydin v. Turcia*, hotărârea din 25 septembrie 1997, *Salmanoglu şi Polttas c. Turcia*, hotărârea din 17 martie 2009.

Dovedirea abuzurilor sexuale asupra minorilor s-a dovedit a fi o adevărată provocare pentru specialişti. Însă, fiind de notorietate că teama şi alte violenţe fizice pot determina un minor să nu se împotrivească fizic agresorului său poate justifica efectuarea de anchete efective şi sancţionarea penală a agresorilor – CEDO, *M.C. c. Bulgaria*, hotărârea din 4 decembrie 2003; *C.A.S. v. România*, hotărârea din 20 martie 2012; *R.I.P. şi D.L.P. v. România*, hotărâre din 10 mai 2012; *O Keeffe v. Irlanda*, hotărâre din 28 ianuarie 2014.

Cele două categorii de obligaţii ale autorităţilor statelor, care îşi au fundamentul în prevederile articolului 1 al Convenţiei europene a drepturilor omului şi sunt valabile şi pentru garantarea dreptului la viaţă, corespund şi activităţii organelor statelor guvernate de principiile interzicerii tratamentelor inumane, degradante şi a torturii. Astfel, statele au obligaţia de a preveni săvârşirea de acte contra integrităţii fizice şi psihice a copiilor prin instituirea unor sancţiuni penale în legislaţia naţională şi prin redactarea de norme şi politici contra oricărui tip de abuzuri contra copiilor. Din nefericire, eficienţa acestui mecanism de garantare a respectării drepturilor copiilor este relativizată de condiţia impusă copiilor care sunt victime ale încălcărilor sau apropiaţilor acestora de a dovedi că autorităţile au ştiut sau ar fi trebuit să ştie de abuzuri şi nu au reuşit să le oprească şi că a existat un risc real de abuz – CEDO, *Kontrova c. Slovacia*, hotărârea din 31 mai 2007.

Sarcina protecţiei vieţii şi integrităţii copiilor nu este una excesivă pentru autorităţi. Nu se aşteaptă ca statul să prevină orice vătămare de care suferă copiii în absenţa unor averstismente repetate şi a unor urme de abuz. Obligaţiile de a proteja copiii, ce decurg din prevederile articolului 3 al Convenţiei europene a drepturilor omului, nu se extinde la obligaţia de a compensa orice copil victimă a abuzurilor – CEDO, *Stuart v. Marea Britanie*, hotărâre din 6 iulie 1999, şi de a pedepsi pe toţi abuzatorii – CEDO, *Szula v. Marea Britanie*, hotărârea din 4 ianuarie 2007.

Traficul de copii indiferent de scopul desfăşurării lui – adopţii internaţionale, prelevare de organe, prostituţie etc – atrage incidenţa unui alt drept aparţinând nucleului dur al

drepturilor omului : interzicerea sclaviei, muncii forţate. Obligaţiile ce revin statelor membre au ca obiectiv general crearea unui cadru legislativ şi administrativ care să creeze premize favorabile luptei contra sclaviei şi muncii forţate – CEDO, *C.N. şi V. contra Franţa*, hotărârea din 11 octombrie 2012 – dar şi prevenirea exploatării copiilor prin incriminarea, sancţionarea penală a unor astfel de fapte – CEDO, *Siliadin c. Franţa*, hotărârea din 26 iulie 2005.

b. Protecţia drepturilor relative ale copiilor

Dreptul la viaţă privată şi de familie, libertatea religioasă, libertatea de exprimare sunt, deopotrivă, drepturi a căror exercitare deplină contribuie la dezvoltarea fizică, emoţională, spirituală, intelectuală a copiilor; în consecinţă, protecţia lor ar trebui să constituie o prioritate pentru state.

Dreptul la viaţă privată şi de familie al copiilor este analizat în jurisprudenţa europeană în contextul luării copiilor din mediul familial, a protecţiei datelor cu caracter personal ale copiilor, a pornografiei infantile, reunificării familiale, identităţii copilului.

Dacă procedeele medicale alternative de aducere pe lume a copiilor ridică numeroase întrebări în privinţa dreptului la viaţă, şi stabilirea identităţii copiilor născuţi prin astfel de proceduri constituie obiectul unor intense dezbateri normative, doctrinare şi jurisprudenţiale. Primul aspect ce se impune a fi discutat este cel referitor la recunoaşterea statutului de copil al unor părinţi care au apelat la o mamă surogat în alt stat decât cel al cărui cetăţenie o deţin. Prin negarea legăturii de filiaţie inclusiv cu tatal biologic se realizează, de fapt, afectarea identităţii copilului în societatea unde urmează să traiască cu părinţii săi – CEDO, *Mennesson şi alţii c. Franţa*, *Labessee c. Franţa*, hotărâri din 26 iunie 2014. Al doilea aspect este cel care vizează cunoaşterea propriilor origini în scopul consolidării propriei identităţi a copilului, fapt ce determină apariţia unui conflict între dreptul la viaţă privată al copilului şi dorinţa de anonimat al mamei sau tatălui. Deşi este recunoscută legitimitatea dreptului la cunoaşterea identităţii biologice, cum ar fi faptul că dreptul la viaţă privată protejează un drept la identitate şi la dezvoltare personală, drept care nu ar putea fi efectiv exercitat fără protejarea stabilităţii mentale, precum şi interesul vital de a obţine informaţiile privitoare la genitori, s-a statuat că are întâietate dreptul mamei de a păstra anonimatul asupra identităţii sale ulterior dării spre adopţie a copilului său – CEDO, Odievre v. Franţa, hotărâre din 13 februarie 2003. Există şi o soluţionare diametral opusă a acestui conflict, prioritar fiind interesul vital al copilului, protejat prin Convenție, de a obține informațiile necesare descoperirii adevărului privind un aspect important al identității lor personale, acela de a-și cunoaște genitorii, chiar şi prin realizarea testelor ADN contra voinţei părintelui natural sau a supravieţuitorilor acestuia – CEDO, *Mikulić c. Croatiei*, hotărâre din 7 februarie 2002 şi *Jäggi v. Switzerland*,hotărâre din 13 iulie 2006.

Săvârşirea de abuzuri de toate tipurile asupra copiilor de către părinţi sau ceilalţi membrii ai familiei sunt cu atât mai grave cu cât acestea le afectează integritatea fizică şi psihică şi sunt săvârşite asupra unor persoane vulnerabile datorită vârstei, în mediul cel mai securizat pentru ele de către persoanele în care ar trebui să aibă cea mai multă încredere – CEDO, *Soderman c. Suedia*, hotărârea din12 noiembrie 2013.

Interdependenţa exercitării drepturilor îşi găseşte o aplicare extrem de elocventă în cazul drepturilor copiilor. Spre exemplu, violenţa domestică, abuzurile sexuale determină

punerea în discuţie atât a tratamentelor inumane, degradante, dar şi a dreptului la viaţă de familie. Dincolo de efectul de domino dintre aceste drepturi, se poate analiza şi conflictul dintre aceste drepturi : în cazul unor abuzuri ale părinţilor contra copiilor are prioritate luarea copiilor din familie de către oficiali sau necesitatea menţinerii legăturii părinţi-copii ? Proporţionalitatea măsurii de separare este apreciată în funcţie de modul în care o astfel de măsură afectează viaţa şi binele copilului – CEDO, *L. v. Finlanda*, 27 aprilie 2000, fiind analizate atent restricţiile asupra drepturilor parentale şi a accesului acestora la copii, dar şi garanţiile legale de a se asigura respectarea dreptului de viaţă de familie – CEDO, *Haase şi alţii v. Germania*, hotărârea din 12 februarie 2008. Soluţia acestui conflict poate fi reprezentată de enunţarea şi aplicarea principiului interesului superior al copilului, care va implica punerea în balanţă a reunificării familiei biologice – CEDO, *H.K. v. Finlanda*, hotărâre din 26 septembrie 2006, cu relaţionarea cu părinţi adoptivi – CEDO, *M.M. v. Marea Britanie*, hotărâre din 13 februarie 1990.

Protecţia datelor cu privire la minori se poate aprecia că are o relevanţă superioară, dată fiind vulnerabilitatea acestora, fie că accesul la informaţii despre minori este realizat prin mass-media – CEDO, *P. şi S. v. Polonia*, hotărâre din 30 octombrie 2012 – sau pe Internet.

Protecţia copiilor contra pedofililor, în general, şi de pe Internet, în special are trebui să constituie obiectul unui cadru legislativ care să reconcilieze confidenţialitatea serviciilor pe Internet cu prevenirea săvârşirii de infracţiuni şi protecţia drepturilor terţilor, în special a copiilor şi a altor persoane vulnerabile –CEDO, *K.U. v. Finlanda*, hotărâre din 2 decembrie 2008.

Reunificarea familială, în contextul unei agresive şi naţionaliste politici contra emigraţiei, în special în spaţiul Uniunii Europene, a devenit o chestiune extrem de sensibilă, sursă constantă de încălcări ale drepturilor omului de către statele membre datorită ruperii echilibrului între interesele individuale, inclusiv ale copiilor, şi control imigraţiei de către autorităţile naţionale – CEDO, *Osman c. Danemarca*, hotărâre din 13 iunie 2011, *Berisha c. Elveţia*, hotărâre din 30 iulie 2013 ; *Mugenzi c. Franţa*, hotărârea din 10 iulie 2014.

Libertatea religioasă a copiilor s-a bucurat de perspective diferite din partea mecanismelor de protecţie a drepturilor lor. In centrul atenţiei, în unanimitate, s-a dorit înlăturarea stigmatizării lor datorită apartenenţei la o religiei sau, dimpotrivă, la grupul gnosticilor – CEDO, *Grzeland v. Polonia*, hotărâre din 15 iunie 2010.

Libertatea de expresie a copiilor a fost afectată din perspectiva îngrădirii dreptului lor de a fi informaţi în propria limbă prin manuale anume destinate copiilor de naţionalitatea lor, manuale care au fost cenzurate în mod excesiv – CEDO, *Cipru c. Turcia*, hotărâre din 10 mai 2001.

4. PROTECŢIA DREPTURILOR-CREANŢĂ ALE COPIILOR

În ceea ce priveşte modalităţile de exercitare a drepturilor **la sănătate, alimentaţie şi educaţie**, copiii trebuie să fie protejaţi contra exploatării şi violenţei, precum şi de a trăi într-un mediu în care să se simtă protejaţi şi în siguranţă.

În privinţa dreptului la educaţie, iese în evidenţă situaţia copiilor rromi, care sunt şcolarizaţi fie în şcoli special – CEDO, *D.H. şi alţii c. Republica Cehă*, hotărâre din 13 noiembrie 2007, fie în clase separate – CEDO, *Orsus şi alţii c. Croaţia*, 16 martie 2010 şi

frecventarea sau nefrecventarea orelor de religie, în funcţie de opţiunile părinţilor – CEDO, *Mansur Yalcin şi alţii c. Turcia*, hotărâre din16 septembrie 2014. Deopotrivă, naţionalitatea, rezidenţa, limba părinţilor constituie temeiuri care au făcut ca dreptul la educaţie al copiilor să fie încălcat – CEDO, *Timishev c. Rusia*, hotărâre din 13 decembrie 2005; *Cauza lingvistică belgiană*, hotărâre din 23 iulie 1968.

5. PROTECŢIA DREPTURILOR PROCEDURALE ALE COPIILOR

Implicarea copiilor în proceduri judiciare, indiferent de calitate pe care o au în cadrul acestora, atrage cu sine obligativitatea stabilirii cu exactitate a drepturilor pe care le pot exercita copiii în cadrul acestora.

Diviziunea **dreptului la un process echitabil** al minorilor reprezentată de accesul la instanţă constituie o deficienţă constantă a legislaţiile naţionale. Limitarea acestui drept le poate aduce prejudicii iremediabile în cazul în care nu sunt oferite alternative normative care să le protejeze interesele financiare – CEDO, *Stagno v. Belgia*, hotărâre din 7 iulie 2009 – ori de altă natură.

Actul procedural care suscită intense dezbateri doctrinare şi jurisprudenţiale este audierea copiilor în cadrul procedurilor în care aceştia participă în calitate de persoane vătămate. Dat fiind impactul unui astfel de act asupra psihicului unui copil, dar şi impactul şi eficienţa unui astfel de act în cadrul procesului, s-au delimitat mai multe variante, în funcţie de jurisprudenţa mecanismului European de protecţie: victima minoră va putea să nu mai fie audiată indiferent dacă există sau nu alte mijloace de probă – CEDO, *A.S. v. Finlanda,* hotărâre din 28 septembrie 2010. Conflictul între drepturile procedurale ale inculpatului – CEDO, *S.N. c. Suedia*, hotărârea din 2 iulie 2002 – şi cele ale persoanei vătămate minore este astfel tranşat în favoarea minorului, în temeiul unei interpretări extinse a principiului interesul superior al copilului.

Articolul 2, articolul 3 şi articolul 8 alineatul (4) din Decizia-cadru 2001/220/JAI a Consiliului din 15 martie 2001 privind statutul victimelor în cadrul procedurilor penale se interpretează în sensul că instanţa naţională trebuie să aibă posibilitatea să permită minorilor de vârste mici - care, la fel ca în acţiunea principală, susţin că au fost victime ale unor rele tratamente - să depună mărturie conform unor modalităţi care le garantează un nivel corespunzător de protecţie, de exemplu în afara şedinţei publice şi înainte de desfăşurarea acesteia – CJCE, C-105/03 *Pupino*.

Dreptul la un recurs efectiv este reclamat de copii atunci când doresc să obţină compensaţii în urma abuzurilor a căror victime au fost – CEDO, *D.P. şi J.C. v. Marea Britanie*, hotărârea din 10 octombrie 2002.

Dreptul la un recurs efectiv este incident şi în cazul luării minorilor din familie de către oficiali în urma existenţei unor indicii temeinice că există abuzuri asupra minorilor, legislaţia naţională neprevăzând o cale de atac efectivă care să ofere posibilitatea pentru părinţi să îşi redobândească copiii - *M.A.K. and R.K. v. Marea Britanie*, hotărârea din 23 martie 2010.

6. CONCLUZII

Traficul de copii în toate formele sale, răpirile internaţionale, violenţa domestică, violenţa în şcoli, folosirea copiilor drept combatanţi directi în cadrul conflictelor armate cu caracter naţional sau internaţional, abuzurile în variate forme împotriva copiilor săvârşite pe Internet sunt doar cele mai frecvente şi actuale modalităţi de cauzare a unor prejudicii fizice, psihice, emoţionale copiilor, modalităţi care sunt acoperite integral de cadrul normativ şi, mai ales, de jurisprudenţa mecanismelor internaţionale, regionale, naţionale de protecţie a drepturilor copiilor.

BIBLIOGRAFIE

Bernadette Rainey, Elisabeth Wicks, Clare Ovey (Jacobs, White and Ovey), *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014

Frederic Sudre, *Droit européen et international des droits de l homme*, édition 11éme mise à jour, Presses Universitaires de France, 2012

Louis Favoreu şi alţii, *Droit des libertés fondamentales*, 6eme édition, Dalloz, 2012

Neil Gilbert, Nigel Parton, Marit Skivenes, *Child Protections Systems. International Trends and Orientation*, Oxford University Press, 2011

Handbook on European nondiscrimination law, European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, 2010

Jean Francois Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2009

Joel Andriantsimbazovina şi alţii, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, 2008

Gilles Dutertre, *Key case - law extracts. European Court of Human Rights*, 2003

http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_child_abuse_ENG.pdf

http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Childrens_ENG.pdf

http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Minors_ENG.pdf

ESTABLISHING GENERAL MANDATORY ELEMENTS UNDER A SPECIAL INDIVIDUAL LABOR CONTRACT - LEGISLATION, PROCEDURE, PRACTICAL ASPECTS

Ana Ştefănescu, Assist. Prof., PhD, "Dunărea de Jos" University of Galați

Abstract: For the purpose of valid conclusion of any special individual labor contract (concluded for determined period, part-time contract, work at home/teleworking contract etc), one should pay particular attention not only to particular, elements/provisions, which are compulsory, but also to the common elements, which are as well inseparable from any individual labor contract, be it "standard" or special. Even if under such contracts the particular elements display certain special features (such as "working programme" in the case of individual labor contract with work at home), they must not be mistaken for specific mandatory elements (such as "the working programme during which the employer has the right to control the employee's activity and the concrete method of carrying out the control", in the case of the same type of contract).
Undoubtedly, its mandatory contractual elements - both general and particular ones - should be stipulated under the contract in their entirety and in accordance with the legal provisions in force. In addition to the penalty of nullity of the contract for having concluded the contract by breaching the law (also as a consequence) or the patrimonial liability on the part of the employer, there may also occur the employer's contraventional liability, the best-known contravention in connection to the content of the contract for "stipulating (...) some provisions which are contrary to the law". In practice, we can not boast about so many contracts which "are acquitted of being sanctioned" with those sanctions, the last one being the most easily to be applied.
So, we consider as being useful to suggest under the present article, a methodological approach of the general mandatory elements to be stipulated under a special individual labor contract, if not an exhaustive one, at least a conclusive one for the purpose of assisting both employers and employees from the procedural point of view. For the proper understanding of the suggested solutions, we have considered as being necessary also some comments, which we hope to clarify some issues, as well as some aspects from judicial practice.

Keywords: general mandatory elements, special individual labor contract, procedure, comments, practical aspects.

1. *Elemente generale specifice* în sistemul contractelor individuale de muncă

Într-un contract individual de muncă *special*, există *elemente generale* care comportă un anumit *specific* – ele sunt „palierul" de mijloc al contractului, situat între *elementele generale care nu se modifică în funcţie de tipul contractului (cele „fixe")* – cum ar fi

subordonarea - , şi cele *speciale* – ca de exemplu, *programul de control* în cazul contractului de muncă *la domiciliu.*

Pentru a le distinge în raport cu celelalte două, *le vom numi în acest material, elemente generale specifice.*

Toate *aceste trei categorii de elemente* sunt obligatorii pentru valabilitatea contractului de muncă special, se află în strânsă conexiune şi trebuie exprimate în perfectă armonie cu „condiţiile de fapt în care este prestată activitatea”[1], pentru că de acestea depinde „existenţa relaţiei de muncă”[2].

Pentru a ajunge la un asemenea rezultat, trebuie să avem în vedere fizionomia juridică a fiecărui contract, *„standard”*[3] sau *special*. Codul muncii defineşte contractul individual de muncă în general (la art. 10), oferind detalii destul de precise pentru cele speciale. Nu este suficient, însă, pentru a oferi o imagine de ansamblul asupra elementelor în discuţie, desigur perfectibilă. În primul rând, trebuie stabilit ce se înţelege prin contractul „*standard”*, el fiind „arhetipul”[4] celorlalte, cu care formează un adevărat sistem funcţional. Am optat, în acest sens, pentru o analiză din perspectiva *părţilor* către *întreg* şi propunem următoarea descriere: este acel contract individual de muncă încheiat pe durată *nedeterminată*, pentru realizarea unei *norme integrale de muncă*, în baza căruia activitatea salariatului se desfăşoară, regulat, în *locaţiile angajatorului*[5]*, sub supravegherea şi conducerea lui* directă (fizică) şi al cărui *obiect* este format *exclusiv*[6] din *prestarea muncii în schimbul plăţii salariului*.

Delimitarea tuturor contractelor în sistem ne va permite înţelegerea *elementelor generale specifice* într-un contract special, „mobilitatea”/transformarea acestora în funcţie de situaţia specială şi chiar de *concursul* unor asemenea situaţii, fără a ignora faptul că toate se fundamentează pe acea *subordonare specifică a salariatului faţă de angajator* - element general care nu se schimbă niciodată, ci doar poate lua unele forme. În aceeaşi categorie de elemente generale „fixe” importante mai intră: obligaţia angajatorului de a asigura (pentru toţi angajaţii săi) „egalitatea de şanse şi de tratament”, „demnitatea în muncă”; dreptul la repausuri periodice, dreptul la informare şi consultare etc.

Pentru a ilustra un „tablou” al contractelor individuale de muncă *speciale*, ce se pot încheia în baza legislaţiei noastre, româneşti, enumerăm următoarele contracte *speciale de bază*:

- contractul individual de muncă *pe durată determinată*;
- contractul individual de muncă *temporară* (dintre *agentul de muncă temporară* şi *salariatul temporar*) - o formă a celui menţionat anterior, dacă avem în vedere durata determinată a *misiunii de muncă temporară* pentru care se încheie;
- contractul individual de muncă *pe durată nedeterminată* (dintre *agentul de muncă temporară* şi *salariatul temporar*) - un *contract-cadru* pentru cel precedent, în care

[1] Alexandru Ţiclea, *Tratat de dreptul muncii, Ediţia a VIII-a*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2014, p. 20.
[2] *Ibidem.*
[3] Am preluat atributul „standard” din Mara Ioan, *Contractul individual de muncă şi convenţia civilă de prestări servicii*, Editura Wolters Kluwer România, Bucureşti, 2009, p. 57.
[4] Ion Traian Ştefănescu, *Tratat teoretic şi practic de dreptul muncii*, Ediţia a III-a, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2014, p. 225.
[5] A se vedea şi Ion Traian Ştefănescu, *op. cit.*, p. 225.
[6] Excepţia o reprezintă contractul de ucenicie.

prestaţia salariatului (obişnuită) suferă o *transformare* esenţială – acesta nu munceşte, ci se află la *dispoziţia agentului* (angajatorul său) pentru *a realiza o eventuală viitoare misiune de muncă temporară* la un *utilizator* în baza unui (posibil şi viitor) contract de muncă *temporară*;

- contractul individual de muncă *cu timp parţial*;
- contractul individual de muncă *la domiciliu*;
- contractul individual *privind telemunca*, contract nenumit, grefat pe cel de muncă la domiciliu şi asemănător cu acesta în mare măsură;
- *convenţia individuală de muncă*[7] *la domiciliu;*
- *convenţia individuală de muncă cu fracţiune de normă*;
- contractul individual de muncă al *asistentului maternal profesionist* (o specie a contractului de muncă la domiciliu);
- contractul individual de muncă al *asistentului personal profesionist* (tot o specie a contractului de muncă la domiciliu);
- contractul *de ucenicie* la locul de muncă diferit, în esenţă, prin faptul că la obiectul obişnuit al contractului – prestarea muncii în schimbul plăţii salariului - se adaugă *obligaţia de formare profesională* care-i revine ucenicului şi *asigurarea realizării ei* în sarcina angajatorului.

După *situaţia specială* (*munca cu timp parţial*, *telemunca* etc.) se vor modela toate *elementele generale specifice.*

Un contract special, de alt tip decât cele enumerate, poate fi şi cel în care s-au îmbinat două sau mai multe contracte *speciale de bază*, formându-se, de exemplu, *contractul individual de telemuncă temporară cu timp parţial.* Este vorba de un *concurs de situaţii speciale*, nereglementat (ca ansamblu), drept pentru care se va analiza care *situaţie* este determinantă (în speţă, apreciem, *telemunca*) în crearea unui anumit element sau a mai multora, deci esenţială pentru noua fizionomie juridică a contractului. Cu alte cuvinte, situaţia determinantă va modela toate *elementele generale specifice*, dar în esenţă - pentru că nu putem exclude interferenţa celorlalte situaţii (secundare) – în speţă *munca prin agent de muncă temporară* şi *munca cu timp parţial*.

Desigur, un anumit contract special comportă trăsături ori conţinut diferit şi în funcţie de regimul juridic aplicabil unui anumit raport de muncă (pentru consilierii juridici, cadrele didactice, membrii cooperatori etc.), astfel că şi un asemenea contract (special) devine arhetip pentru *speciile* lui supuse unor norme speciale în raport cu cel care ilustrează *genul*. În consecinţă, *elementele generale specifice* se vor adapta; de exemplu, în contractul de muncă al cadrului didactic din învăţământul superior *programul de muncă* poate fi evidenţiat prin menţiunea generică „conform fişei postului”, urmând ca în funcţie de fiecare (fişă) să se realizeze, obligatoriu, concretizarea chiar pe părţi ale anului, după o procedură prestabilită de părţi care să simplifice o asemenea sarcină dificilă - date fiind cele mai multe activităţi intelectuale în esenţă „neprogramabile”.

[7] În baza acestuia ia naştere raportul de muncă (grefat pe raportul cooperatist) dintre un *membru cooperator* şi reprezentantul societăţii cooperative.

Pentru că legislaţia noastră permite *programul inegal de muncă*, se poate vorbi şi de un contract individual de muncă *discontinuă* (în care, de exemplu, munca se desfăşoară în anumite zile din săptămână sau din lună); în general, munca se prestează *succesiv*, nu *discontinuu*. Prin excepţie de la cele două situaţii, dacă există elemente ale subordonării, trebuie încheiat un contract individual de muncă şi pentru prestarea activităţii "dintr-o dată" (*uno ictu)* - pentru o singură zi, chiar de o oră.

Se mai particularizează în literatura juridică[8], în concordanţă cu soluţia Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, conceptul de *contract individual administrativ* - pentru a caracteriza mecanismul complex al formării consimţământului părţilor (în mai multe trepte[9] şi prin mai multe acte juridice[10]) dintr-un *raport de serviciu.* Similar, raportul de muncă al magistraţilor presupune tot un mecanism juridic complex, deci un contract *special*, cu precizarea că nu este administrativ, din moment ce magistraţii nu fac parte din puterea executivă (ci, din cea judecătorească) şi nu sunt nici *demnitari*; am putea să-l denumim *contract individual de magistratură*.

2. Procedura cuprinderii *elementelor generale specifice* în contractul special

Pentru a cuprinde integral *elementele obligatorii* ale contractului special, *inclusiv a celor generale specifice* vor trebui comparate, vigilent, toate elementele din *modelul-cadru al contractului* reglementat de Ordinul Ministerului Muncii şi Solidarităţii Sociale nr. 64/2003[11] şi cele care trebuie să formeze conţinutul acestuia potrivit Codului muncii, ţinând cont de forţa juridică superioară a acestuia din urmă în raport cu primul.

Acestea sunt actele normative care formează „structură de bază obligatorie care se va adapta regimului juridic aplicabil unui anumit raport individual de muncă dintre un angajator şi un angajat"[12].

În acest sens, nu vom avea în vedere, de exemplu, numai elementele din Codul muncii prevăzute la art. 17 alin. (3), completate ce cele de la art. 94 alin. (2), ori la art. 105 alin. (1) etc., care se referă *stricto sensu* la elemente generale sau speciale ale contractului, ci şi alte prevederi, cum ar fi cea a art. 64 alin. (5) potrivit căreia în cazul concedierii pentru inaptitudine fizică şi/sau psihică, „salariatul beneficiază de o compensaţie, în condiţiile stabilite în contractul colectiv de muncă aplicabil sau în contractul individual de muncă, după caz". Cu alte cuvinte, *dacă condiţiile acordării dreptul menţionat nu au fost prevăzute în*

[8]A se vedea Ion Traian Ştefănescu, *op. cit*., p. 23.

[9] A se vedea Romeo Paul Postelnicu, *Statutul funcţionarilor publici*, Editura Universitară, „Carol Davila", Bucureşti, 2006, p. 193.

[10] Unul dintre acestea, *stricto sensu* instrument corespondent contractului individual de muncă, este *actul administrativ de numire în funcţia publică* (are numai două forme – cel pe durată *nedeterminată* şi cel pe durată *determinată*).

[11] Ordinul Ministerului Muncii şi Solidarităţii Sociale nr. 64/2003 pentru aprobarea modelului-cadru al contractului individual de muncă (publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 139 din 4 martie 2003, modificat şi completat ulterior).

[12] Ana Ştefănescu, Laura Georgescu, *Stabilirea elementelor generale obligatorii într-un contract individual de muncă „standard" – legislaţie, procedură, management, aspecte practice*, în „Revista română de dreptul muncii" nr. 9/2014, p. 37.

contractul colectiv de muncă, vor *trebui stabilite prin contractul individual de muncă* (nu este negociabil însăşi dreptul la compensaţie ci doar condiţiile).

De asemenea, un alt element general (pentru orice contract) prevăzut disparat în Cod este *programul de lucru* (la art. 117), element distinct de cel privind *repartizarea programului de lucru*, respectiv *timpul de muncă* sau *norma de muncă*[13]. Fiind esenţial pentru disciplina muncii, va trebui introdus în contract, alegând între posibilităţile oferite de Cod şi ţinând cont de tipul contractului – „standard" sau special, sens în care la punctul următor al acestui material oferim o analiză metodologică detaliată (credem, suficient) a acestui element în strânsă legătură ce cele enumerate mai sus (cu care uneori se confundă).

Am arătat că[14], *în practică*, în mod frecvent, la elaborarea (proiectului) unui contract, fie el „standard" sau special, „se ţine cont numai de modelul-cadru al acestuia, reglementat" prin Anexa Ordinului nr. 64/2003, fiind omise „elemente sau precizări ce trebuie corelate cu dispoziţiile Codului muncii, ori nu se ţine cont de forţa juridică superioară a acestuia (în raport cu Ordinul). Pe de altă parte, se pot omite elemente din Anexă neprevăzute sau prevăzute incomplet în Cod. În afară de acestea, există şi alte dispoziţii cu privire la elementele supuse analizei, cuprinse,de exemplu, în *contractul colectiv de muncă aplicabil* sau *regulamentul intern* ori *regulamentul de organizare şi funcţionare a unităţii*.

Unele *elemente generale specifice* sunt uşor de identificat pentru câteva *contracte speciale*, pentru că sunt reglementate; întotdeauna trebuie să căutăm dacă nu cumva există un astfel de element până a recurge la cel stabilit pentru contractul *„standard"*. Este cazul, de exemplu, *duratei perioadei de probă* (clauză generală, dar facultativă) – ea este distinct reglementată în Codul muncii pentru contractul *„standard"* [art. 31 alin. (1)], pentru contractul pe durată *determinată* (art. 85) şi pentru *contractul de muncă temporară* (art. 97). Pentru celelalte categorii de contracte speciale – pentru *contractul de muncă la domiciliu*, *cu timp parţial* etc., acest element al perioadei de probă va urma *regula generală* de la art. 31 alin. (1). Dar, de exemplu, în cazul unui *contract de muncă la domiciliu pe durată determinată cu timp parţial,* se va ţine cont de art. 85 din Cod, aplicabil contractului pe durată determinată, care reglementează o durata mai mică a acestei perioade (este vorba de acel concurs de situaţii speciale la care ne-am referit mai sus).

3. Stabilirea *programului de lucru, controlului muncii, normei de muncă, timpului de muncă, formei de salarizare şi a repausurilor periodice*

Toate aceste elemente generale se află în interdependenţă şi îşi împrumută din specificitate în funcţie de tipul contractului, motiv pentru care le vom aborda împreună.

Aşa cum a precizat mai sus, *programul de lucru* este un element general al oricărui contract individual de muncă, fie el „standard" sau special, deşi nu este prevăzut, aşa cum este cazul *normei de muncă* în dispoziţia privitoare, *stricto sensu*, la conţinutul contractului de muncă a art. 17 alin. (3) din Codul muncii.

[13] Ele sunt sinonime în cazul în care *norma de muncă* se exprimă sub forma *normei de timp*.
[14] Ana Ştefănescu, Laura Georgescu, *op. cit.*, p. 38.

De asemenea, *controlul muncii* realizat de angajator, expresie a autorităţii de care se bucură, este element general în orice contract – „standard" sau special [art. 10]. El se înscrie în subordonarea specifică dreptului muncii.

În cazul tuturor contractelor individuale de muncă, cu excepţia celui de muncă la domiciliu, *programul de lucru* include şi *programul de control* – cu alte cuvinte, de regulă, controlul se realizează în cadrul programului de lucru. În stabilirea acestuia, un rol important joacă angajatorul: „programul de muncă şi modul de repartizare a acestuia pe zile sunt aduse la cunoştinţă salariaţilor [de către angajator] şi sunt afişate la sediul angajatorului" (art. 117 din Codul muncii). Mai există posibilitatea, oferită de acelaşi act normativ, de a utiliza un *program inegal* sau un program *individualizat*.

Dar, în cazul *muncii la domiciliu*, Codul muncii *conferă exclusiv salariatului* prerogativa *stabilirii programului de lucru* [art. 108 alin. (2)] fiind un drept la care acesta nu poate[15] renunţa; cu alte cuvinte nu va putea fi nici negociat. În schimb, părţile vor trebui să negocieze *programul de control* „şi modalitatea concretă de realizare a controlului" [art. 109 lit. b)]. Rămâne la latitudinea salariatului dacă va dori să precizeze în contract programul său de lucru, pentru că oricum controlul se va realiza doar în cadrul programului de control. Cu alte cuvinte, se poate renunţa la precizarea unui interval orar pentru muncă sau elementul în discuţie se va individualiza *generic* [în baza art. 108 alin. (2) din Cod)]: *programul de muncă se stabileşte exclusiv de salariat*. Chiar în lipsa menţiunii, dreptul există prin însăşi efectul acestei dispoziţii.

Iată deci, că *programul de lucru clasic*, ca *element general unic*, are ca *specific* în cazul contractului de muncă la domiciliu diviziunea sa în *două elemente distincte* cu înţeles şi regim diferit - *program de lucru* şi *program de control*. Acesta din urmă este un *element special* al contractului, obligatoriu[16], şi nu *unul general specific*.

Dacă însă vorbim de o specie a contractului de muncă la domiciliu şi anume de contractul individual de telemuncă *on line*, programul de lucru va avea regimul clasic, obişnuit[17]; nu la fel stau lucrurile în cazul telemuncii *off-line*.

Dacă vorbim de *contractul individual de muncă la domiciliu cu timp parţial*, *programul de control va fi contopit cu programul de lucru*, care astfel va avea doar o parte negociabilă (doar intervalul orar care implică controlul, nu şi partea rămasă pentru realizarea exclusivă a muncii) – de exemplu intervalul orar 12,00-14,00 din fiecare zi de miercuri a săptămânii. Specificul acesta derivă din *interdicţia realizării muncii* suplimentare[18] - element special al *contractului de muncă cu timp parţial*, reglementat de art. 105 alin. (1) lit. c) din Codul muncii la domiciliu. Într-adevăr, *durata timpului în care se realizează controlul* intră în durata *timpului de muncă* pentru că acest element general are acelaşi înţeles indiferent de tipul

[15] A se vedea art. 38 din Codul muncii cu privire la interdicţia renunţării salariatului la drepturile conferite prin lege.
[16] A se vedea art. 109 lit. b) din Codul muncii.
[17] A se vedea Ana Ştefănescu, *Munca la domiciliu şi telemunca - drept intern şi comparat*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p. 211.
[18] Cu "excepţia cazurilor de forţă majoră sau pentru alte lucrări urgente destinate prevenirii producerii unor accidente ori înlăturării consecinţelor acestora".

contractului: "orice perioadă în care salariatul prestează munca, se află la dispoziţia angajatorului şi îndeplineşte sarcinile şi atribuţiile sale, (…)"[19].

Pe de altă parte, programul de control, indiferent de forma contractului de muncă la domiciliu, va avea şi el un specific în sensul că va corespunde, ca regulă, cu programul de lucru stabilit la sediul angajatorului (cel obişnuit), acesta nefiind obligat să-l controleze pe salariat, de exemplu, noaptea când acesta din urmă alege să muncească efectiv şi/sau să fie controlat (ceea ce nu înseamnă, însă, că nu se poate accepta).

Pentru zilele, perioadele în care salariatul cu munca la domiciliu/telesalariatul lucrează în locaţiile angajatorului, ocazional – este indicat pentru a se preveni sau reduce riscul izolării, se va respecta programul obişnuit de muncă al salariaţilor din aceste locaţii (cel stabilit de angajator).

În orice caz, cu toate aceste specificităţi, rămâne neschimbat *elementul general obişnuit* privind *durata maximă legală a timpului de muncă* - de 48 de ore, inclusiv orele suplimentare (pe săptămână sau ca medie săptămânală pe o "perioadă de referinţă" de cel mult 4, respectiv 6 luni calendaristice[20]). Dacă, de exemplu *programul de lucru* corespunde unui număr de 40 de ore ca *timp efectiv (normal) de muncă*, în aceeaşi săptămână se va putea realiza controlul maxim 8 ore, acesta fiind *timp suplimentar de muncă*. *Timpul însumat* în care salariatul *a lucrat* sau *s-a aflat la dispoziţia angajatorului pentru control* este *timp de muncă,* conform art. 111 din Cod, mai sus redat; în consecinţă va trebui acordat *salariu* pentru acesta.

Pentru că în cazul muncii la domiciliu sau telemuncii *off line* nu se poate controla direct dacă salariatul a respectat programul de lucru (de el stabilit), acest control se va realiza prin însăşi verificarea realizării sarcinilor de muncă, mai bine spus a normei de muncă. De aceea, *norma de muncă* se va exprima nu în *norme de timp* ci în celelalte forme premise de art. 130 din Codul muncii: *norme de producţie, norme de personal, sferă de atribuţii sau sub alte forme corespunzătoare specificului fiecărei activităţi*. Pentru a se corela *norma de muncă* cu *timpul de muncă* (în speţă nu vorbim de elemente sinonime[21]), pentru fiecare activitate se va negocia un anumit timp (durată), în funcţie şi de criteriile de performanţă prestabilite – de exemplu, 5 pagini de tradus pe zi, în anumite condiţii de performanţă, vor corespunde unui număr de 3, 4 sau 8 ore. Norma efectivă se va stabili ca medie în unitate analizându-se salariaţi comparabili – care au „calificare corespunzătoare", „lucrează cu intensitate normală, în condiţiile unor procese tehnologice şi de muncă determinate" (art. 129 din Cod), neluându-se în calcul posibilele extreme. Dacă sarcina nu s-a realizat, înseamnă că orele corespunzătoare ei (sau o parte dintre acestea) nu vor fi pontate (nu vor fi evidenţiate ca timp de lucru) şi, în consecinţă, nici salarizate. Desigur, salarizarea va comporta un anumit specific – va fi salarizare *în acord* şi nu *în regie*. Astfel, indirect, mai bine spus într-un mod *specific* se va pune problema *absenţelor motivate sau nemotivate* de la *programul de lucru* (prin nerealizarea sarcinii de muncă). Dacă totuşi salariatul realizează sarcina dar nu se prezintă la control, se va pune problema *nerespectării programului de control,* adică a unei alte

[19] A se vedea art. 111 din Codul muncii.
[20] A se vedea art. 114 din Codul muncii.
[21] A se vedea, *supra*, Nota 13.

categorii de *absenţe nemotivate*. Ambele situaţii pot atrage răspunderea disciplinară, în condiţiile regulamentului intern.

În funcţie de modul în care sunt prevăzute în contract aceste elemente generale specifice, vor fi sau nu afectate *repausurile periodice* – concediul de odihnă, diverse forme de timp liber. Chiar dacă îşi stabilesc singuri programul de muncă, bucurându-se de o mai mare libertate şi avantaje, salariaţilor cu munca la domiciliu/telesalariaţilor nu trebuie să le fie afectate asemenea drepturi, pentru că sunt elemente inalienabile (generale). Depinde, desigur, şi de autocontrolul lor, angajatorul având sarcina de a realiza, în esenţă, norme rezonabile de muncă care să nu ducă la exploatarea acestora.

Avându-se în vedere unele avantajele de mai sus, nimic nu-l împiedică pe angajator, să "împrumute" total sau parţial astfel de *elemente generale specifice* şi într-un "contract standard", ştiindu-se că *analogia legis* poate opera şi de la particular la general, desigur cu acordul salariatului şi dacă nu este incompatibil ("împrumutul") cu condiţiile de fapt în care se prestează munca – de exemplu, în cazul activităţilor intelectuale desfăşurate în vaza unui contract "standard", norma de muncă trebuie exprimată altfel decât sub forma normelor de timp, cu toate consecinţele pe care le-am arătat mai sus.

În ceea ce priveşte *stabilirea programului de lucru* în cazul *contractului de muncă temporară*, acesta comportă şi el un specific – va fi preluat din *contractul de punere la dispoziţie*[22] care este garanţia încheierii celui de muncă temporară [art. 91 alin. (1) şi (2) lit. b) din Cod]; concret programul de muncă este cel stabilit pentru salariaţii de la sediul *utilizatorului.* Desigur se poate pune şi problema unui program de lucru *inegal* sau *individualizat,* care se va negocia între agent şi salariatul temporar pe baza elementelor transmise de utilizator, după cum se va asigura dreptul la *propriul program de lucru* pentru *salariatul temporar* care lucrează *la domiciliu*. Dacă un astfel de salariat lucrează şi cu *fracţiune de normă*, atunci programul de control va fi inclus în cel de lucru (după raţionamentul arătat anterior).

4. Stabilirea *duratei concediului de odihnă*

Dacă avem de stabilit *durata minimă a concediului de odihnă* într-un (proiect de) contract individual de muncă *cu timp parţial*, suntem duşi în eroare dacă ţinem cont numai de *modelul-cadru al contractului de muncă* din Anexa Ordinului Ministerului Muncii şi Solidarităţii Sociale nr. 64/2003, fără a avea în vedere forţa superioară a Codului muncii care conţine prevederi contrare în acest sens, generale, dar aplicabile: "Salariatul încadrat cu contract de muncă cu timp parţial se bucură de drepturile salariaţilor cu normă întreagă, în condiţiile prevăzute de lege şi de contractele colective de muncă aplicabile" [art. 106 alin. (1)]. *Numai* "drepturile salariale" şi, implicit, indemnizaţia de concediu de odihnă (sau medical etc.) "se acordă proporţional cu timpul efectiv lucrat" (alin. 2). Deci cei cu timp parţial se bucură de aceeaşi durată a concediului de odihnă, la fel ca cei cu normă întreagă.

[22] A se vedea art. 91 alin. (2) lit. b) din Codul muncii.

În mod contrar (şi greşit) Anexa din Ordin indică (la lit. "I. Concediul") că este vorba de o diferenţiere a duratei concediului *pro rata temporis* ("*norma întreagă, fracţiune de normă")*[23]. „Soluţia", din păcate, este reţinută *în practică*.

Sunt reglementate şi *excepţii*, de exemplu, pentru cadrele didactice[24], dar sunt de strictă interpretare, neputând fi extrapolate la situaţiile supuse dreptului comun în materie.

5. Stabilirea *riscurilor specifice postului*

Ca şi *element general obligatoriu*, acesta este reglementat la art. 17 alin. (3) lit. f) din Codul muncii şi nu în *modelul-cadru al contractului de muncă* la care ne-am referit mai sus, astfel că trebuie să fim vigilenţi, pentru a nu-l omite, dacă dorim să ave un contract valabil. În ceea ce priveşte contractele speciale, aceste riscuri pot fi:

- riscul *incertitudinii* duratei *determinate* a unui contract, de exemplu[25] pentru salariatul care *înlocuieşte titularul* postului al cărui contract de muncă a fost suspendat[26] şi care poate reveni oricând din concediu pentru creşterea copilului, moment în care va înceta contractul înlocuitorului[27];
- *riscul care derivă din însăşi situaţia pentru care s-a încheiat contractul*, de exemplu, beneficiul unui loc de muncă doar pe durata (determinată) de creştere şi/sau modificare temporară a structurii activităţii angajatorului sau de desfăşurare a unor activităţi cu caracter sezonier;
- *riscul desfiinţării mai rapide a unui post conceput pentru o normă fracţionată de muncă*, în cazul contractului cu timp parţial;
- riscul *izolării* în cazul muncii la domiciliu/telemuncii, tratat în normele europene, internaţionale şi a altor state.

Dacă asemenea *riscuri speciale* se mai combină şi cu cele inerente în orice contract (cum ar fi riscurile care ţin de natura *postului unic*), se înţelege importanţa unui asemenea element. Ce se va întâmpla, de exemplu, cu cel care nu a fost informat cu privire la încetarea contractului său de muncă în momentul reveniri titularului postului? Dreptul *înlocuitorului* este de menţinere a contractului pe durata (certă) precizată în contract; altfel, angajatorul va putea fi tras la răspundere.

6. Asigurarea permanentă a condiţiilor tehnice şi organizatorice avute în vedere la elaborarea normelor de muncă şi condiţiile corespunzătoare de muncă

Este vorba, desigur de obligaţia generală care-i revine angajatorului indiferent de tipul contractului încheiat. În contractul de muncă la domiciliu/telemuncă, aceasta va lua *forma*

[23] Problema îşi are originile în faptul că un text din Codul muncii, abrogat la data de 5 iulie 2005 dispunea aceeaşi soluţie. Începând cu această dată nu s-a modificat nici Anexa Ordinului în sensul eliminării diferenţierii în acord cu actul superior.

[24] A se vedea art. 2 alin. (5) din Normele metodologice privind efectuarea concediului de odihnă al personalului didactic din învăţământ aprobate prin Ordinul Ministerului Educaţiei, Cercetării, Tineretului şi Sportului nr. 5559/2011 (publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 723 din 13 octombrie 2011).

[25] A se vedea şi situaţiile menţionate la art. 83 lit. e) şi h) din Codul muncii.

[26] A se vedea art. 83 lit. a) din Codul muncii.

[27] A se vedea art. 84 alin. (2) din Codul muncii.

asigurării unor compensaţii băneşti, negociate, dacă cel subordonat foloseşte baza materială proprie (inclusiv abonament telefonic sau de internet etc.). Dacă echipamentele de muncă ale angajatorului sau salariatului suferă o defecţiune, asigurarea reparaţiei sau a costurilor ocazionate cad tot în sarcina angajatorului. Desigur, putem aplica *analogia* şi pentru un alt contract în baza căruia munca se realizează în locaţiile angajatorului.

De asemenea, angajatorul are obligaţia asigurării condiţiilor de muncă şi din perspectiva sănătăţii şi securităţii în muncă prin realizarea de instruiri specifice şi adaptate muncii la domiciliu/telemuncii, luând măsuri de prevenire, eliminare sau diminuare a riscurilor, după cum şi obligaţiile salariatului vor fi adaptate. Accidentul de muncă va fi analizat numai pe baza legăturii stricte cu munca, nu cu programul de muncă în cazul în care acesta a fost menţionat generic, cum am arătat mai sus.

7. Obligaţia salariatului de a respecta disciplina muncii

Disciplina muncii este esenţială pentru bunul mers al activităţii oricărui angajator, chiar şi în cazul muncii la domiciliu/telemuncii. Deşi salariatul/telesalariatul (în mod regulat) nu se află la sediul sau în locaţiile angajatorului va trebui să îşi respecte această obligaţie, la fel ca orice salariat.

În asemenea situaţii, regulile de disciplină a muncii se vor adapta specificului, putând fi împărţite în reguli de relaţionare cu unitatea/colectivul de la sediu sau cu alţi salariaţi cu munca la domiciliu/telesalariaţi, precum şi în reguli de disciplină a muncii la domiciliu, cum ar fi protecţia datelor etc. Angajatorul va stabili şi abateri disciplinare ţinând cont de acest specific. De exemplu, abaterea clasică a *nerespectării programului de lucru* va fi înlocuită cu *nerealizarea normei de muncă.*

După modelul normelor internaţionale sau europene, refuzul, însă, de a se continua munca la domiciliu sau telemunca, nu poate fi calificat de către angajator ca abatere disciplinară.

Concluzii şi propuneri *de lege ferenda*

Întocmirea unui contract individual de muncă special nu este tocmai o sarcină uşoară, inclusiv din perspectiva *elementelor generale specifice*. De aceea, s-ar impune, *de lege ferenda,* un nou *model-cadru de contract*, care să vină în sprijinul practicienilor. Cel actual, deşi incomplet şi în neconcordanţă cu Codul muncii, este foarte răspândit *în practică* (accesibil ca tipizat), deci reprezintă adevărată „atracţie" pentru sancţiuni.[28]

Puţini angajatori pot sta liniştiţi pentru că au încheiat contracte care „scapă" problemelor, în general. Conflictul juridic, de regulă, apare când se deteriorează relaţia umană iar salariatul, în special, nu este dispus să îl treacă cu vederea, chiar şi cu riscul (deloc de neglijat, inclusiv în actuala societate), de a nu mai obţine un alt loc de muncă. Altfel, în lipsa deficienţelor umane (sociale), toate relaţiile de muncă par perfecte, atât în partea reglementată

[28] A se vedea şi Ana Ştefănescu, Laura Georgescu, *op. cit.*, pp. 49-50.

(care intră în alcătuirea raportului juridic de muncă), cât şi în partea nereglementată. Dar, nu se ştie când partea nevăzută a „iceberg-ului" - cea nereglementată – va genera probleme.

Bibliografie

I. Tratate, monografii

Alexandru Ţiclea, *Tratat de dreptul muncii*, Ediţia a VIII-a, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2014;

Ana Ştefănescu, *Munca la domiciliu şi telemunca - drept intern şi comparat*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2011;

Ion Traian Ştefănescu, *Tratat teoretic şi practic de dreptul muncii*, Ediţia a III-a, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2014;

Mara Ioan, *Contractul individual de muncă şi convenţia civilă de prestări servicii*, Editura Wolters Kluwer România, Bucureşti, 2009;

Romeo Paul Postelnicu, *Statutul funcţionarilor publici*, Editura Universitară „Carol Davila", Bucureşti, 2006;

II. Articole ştiinţifice

Ana Ştefănescu, Laura Georgescu, *Stabilirea elementelor generale obligatorii într-un contract individual de muncă „standard" – legislaţie, procedură, management, aspecte practice*, în „Revista română de dreptul muncii" nr. 9/2014;

Brîndușa Vartolomei, *Telemunca – o nouă formă de organizare a muncii*, în „Dreptul" nr. 2/2008;

Laura Georgescu, Ana Ştefănescu, *Soluţii pentru respectarea timpului de odihnă – model de normare a muncii în mediul academic, beneficii şi limitări,* în „Revista română de dreptul muncii" nr. 11/2013;

III. Acte normative

Codul muncii, republicat;

Ordinul Ministerului Muncii şi Solidarităţii Sociale nr. 64/2003 pentru aprobarea modelului-cadru al contractului individual de muncă.

THE MODES REFERRAL OF PROSECUTING AUTHORITY, UNDER THE NEW CRIMINAL PROCEDURE CODE

Ivan Anane, Assist. Prof., PhD, "Ovidius" University of Constanța

Abstract: Starting and deployment of the criminal prosecution is conditioned, in all cases, to advice the judicial authorities, as provided by law, the commitment of an offense.
Referral is the starting point for judicial activity. Without referral , the prosecution can not start (if there is any cause to hinder it). Means by which judicial authority is informed about a crime is called an act of referral. Referral of the judicial bodies may be from outside (external) and office (internal). External referral is made by complaint or denunciation, as well as some special ways of referral encountered situations where some people are required to inform a crime.
The modes referral have the effect the obligation of judicial bodies to start the prosecution. This is a mandatory provision and not a matter of discretion for the judiciary.
The complaint is filed by a natural person or a legal person, on an injury that was caused by the offense.
The complaint, as a way of initiating judicial bodies cannot be confused with the prior complaint, the latter being at the same time, a condition pedepsibility and procedibility. Complaint is different from the prior complaint by the fact that, while the complaint may be supplemented by a denunciation or a complaint on its own initiative prior complaint can not be replaced by any other means of notification. Denunciation is a report filed by a natural person or a legal person on a crime. Report must contain the same data as the complaint, and his receiving the same work as the receipt of a complaint.
The prosecution can take note of a crime in other ways than the complaint or denunciation, these routes are multiple: the media, letters, phone calls, activities.

Keywords: referral, complaint, prior complaint, denunciation, judicial body.

I. Considerații generale

Începerea şi desfăşurarea urmăririi penale este condiţionată, în toate cazurile, de încunoştinţarea organelor de urmărire penală, în condiţiile prevăzute de lege, despre săvârşirea unei infracţiuni.

Sesizarea constituie punctul de plecare în activitatea de urmărire penală. Fără o sesizare urmărirea penală nu poate începe(dacă nu există vreo cauză de împiedicare a acesteia).

Mijlocul prin intermediul căruia este informat organul judiciar despre săvârşirea unei infracţiuni poartă denumirea de act de sesizare.

Sesizarea organelor judiciare poate fi din afară(externă) şi din oficiu(internă). *Sesizarea externă* se face prin plângere sau denunţ, precum şi prin unele moduri speciale de

sesizare întâlnite în situaţiile în care anumite persoane au obligaţia să informeze despre săvârşirea unei infracţiuni.

Sub acest aspect sesizarea poate fi primară şi complementară.

Sesizarea este *primară* în ipoteza în care încunoştinţarea despre săvârşirea unei infracţiuni a ajuns pentru prima oară în faţa unui organ de urmărire penală.

Sunt sesizări primare: plângerea, denunţul, modurile speciale de sesizare şi sesizarea din oficiu.

Sesizarea este *complementară* în ipoteza în care cauza a trecut anterior prin faţa altui organ de urmărire penală.

Sub aspectul valorii informaţiilor primite despre săvârşirea unei infracţiuni, legea nu face nici o deosebire între modurile de sesizare menţionate mai sus.

Este posibil ca, uneori, organele de urmărire penală să fie sesizate atât prin mijloace proprii, cât şi din afară; în asemenea situaţii vor fi exploatate ambele surse.

Când legea prevede că sesizarea trebuie făcută numai într-un anumit mod, organele de urmărire penală nu pot începe urmărirea decât dacă au primit sesizarea anume prevăzută de lege.

Modurile de sesizare legale au ca efect obligaţia organelor de urmărire penală de a începe urmărirea. Aceasta constituie o dispoziţie imperativă, şi nu o chestiune de liberă apreciere pentru organele de urmărire penală.

Sunt însă anumite situaţii când, deşi au fost sesizate, organele de urmărire penală, au posibilitatea să dea soluţia clasării dosarului penal.

Când legea prevede ca începerea urmăririi penale nu poate avea loc fără o sesizare specială aceasta trebuie făcută în scris şi semnată, iar actul de sesizare trebuie să cuprindă în mod corespunzător datele prevăzute de plângere.

Pentru declanşarea mecanismului procesual se impune ca actul de sesizare să fie întocmit potrivit legii.

Căile prin care organele de urmărire penală iau cunoştinţă despre săvârşirea unei infracţiuni poartă denumirea de moduri de sesizare.

Conform art. 228 din Noul Cod de Procedură Penală, organul de urmărire penală este sesizat prin plângere sau denunţ, prin actele încheiate de alte organe ori *se sesizează din oficiu*.

Când, potrivit legii, punerea în mişcare a acţiunii penale se face numai la plângerea prealabilă a persoanei vătămate, la sesizarea formulată de persoana prevăzută de lege ori cu autorizarea organului prevăzut de lege, acțiunea penală nu poate fi pusă în mișcare în lipsa acestora.

De asemenea, în cazul infracțiunilor săvârșite de militari, sesizarea comandantului este necesară numai în ceea ce privește infracțiunile prevăzute de art. 413-417 din Noul Cod Penal.

Principalele *moduri de sesizare* sunt:

- plângerea;
- denunţul;
- sesizarea din oficiu.

II. Plângerea

Conform art. 289 din Noul Cod de Procedură Penală, plângerea este încunoştinţarea făcută de o persoană fizică sau de o persoană juridică, referitoare la o vătămare ce i s-a cauzat prin infracţiune.

Plângerea trebuie să cuprindă: numele, prenumele, codul numeric personal, calitatea şi domiciliul petiţionarului ori, persoane juridice, denumirea, sediul, sodul unic de înregistrare, codul de identificare fiscală, numărul de înmatriculare în registrul comerţului sau de înscriere în registrul persoanelor juridice şi contul baancar, indicarea reprezentantului legal ori convențional, descrierea faptei care formează obiectul plângerii, precum şi indicarea făptuitorului şi a mijloacelor de probă dacă sunt cunoscute.

Plângerea se poate face personal sau prin mandatar. Mandatul trebuie să fie special, iar procura rămâne ataşată plângerii. Dacă este făcută în scris, plângerea trebuie semnată de persoana vătămată sau de mandatar.

Plângerea în formă electronică îndeplineşte condiţiile de formă numai dacă este certificată prin semnătură electronică, în conformitate cu prevederile legale.

Plângerea făcută oral se consemnează într-un proces verbal de organul care o primeşte.

Plângerea se poate face şi de către unul din soţi pentru celălalt soţ, sau de către copilul major pentru părinţi. Persoana vătămată poate să declare că nu-şi însuşeşte plângerea.

Pentru persoana lipsită de capacitate de exerciţiu, plângerea sa face de reprezentantul său legal. Persoana cu capacitate de exerciţiu restrânsă poate face plângerea cu încuviinţarea persoanelor prevăzute de legea civilă. În cazul în care făptuitorul este persoana care reprezintă legal sau încuviinţează actele persoanei vătămate, sesizarea organelor de urmărire penală se face din oficiu.

Plângerea greşit îndreptată la organul de urmărire penală sau la instanţa de judecată se trimite pe cale administrativă, organului judiciar competent.

În cazul în care plângerea este întocmită de către o persoană care locuieşte pe teritoriul României, cetăţean român, străin sau persoană fără cetăţenie, şi prin aceasta se sesizează săvârşirea unei infracţiuni pe teritoriul unui alt stat membru al Uniunii Europene, organul judiciar este obligat să primească plângerea şi să o transmită organului competent din ţara pe teritoriul căreia a fost comisă infracţiunea.

Plângerea se poate concretiza :

- în formă scrisă – situaţie în care trebuie semnată şi datată de cel care o face ;
- în formă orală – situaţie în care aceasta se consemnează într-un proces-verbal de organul de urmărire penală ce o primeşte. Acesta va fi semnat de persoana care a făcut plângerea şi de către cel care a primit-o .

Plângerea scrisă trebuie să cuprindă: numele şi prenumele, calitatea şi domiciliul petiţionarului, descrierea faptei care constituie obiectul plângerii, indicarea făptuitorului dacă este cunoscut şi a mijloacelor de probă prin care se pot dovedi împrejurările cauzei. Dacă plângerea cuprinde şi formularea unor pretenţii de despăgubire în privinţa daunelor provocate prin infracţiune, ea reprezintă concomitent şi o constituire de parte civilă.

Plângerea făcută *oral*, se consemnează într-un proces verbal menţionându-se aceleaşi elemente, procesul verbal fiind semnat atât de organul de urmărire penală cât şi de petiţionar.

La primirea unei plângeri organul de urmărire penală desfăşoară următoarele activităţi:

- stabileşte identitatea persoanei care s-a prezentat;
- verifică dacă aceasta are calitatea cerută de lege pentru a introduce plângerea;
- studiază plângerea pentru a constata dacă faptă sesizată este sau nu infracţiune;
- stabileşte încadrarea juridică a faptei sesizate;
- îşi verifică competenţa; dacă constată că nu este competent a efectua cercetarea, îndrumă persoana care s-a prezentat la organul competent;
- dacă plângerea nu cuprinde toate datele cerute de lege ia măsuri pentru completarea acesteia cu datele lipsă;
- înregistrează plângerea.

Plângerea trebuie să fie bazată pe fapte reale, deoarece învinuirea mincinoasă făcută prin plângere, cu privire la săvârşirea unei infracţiuni, este considerată infracţiune de denunţare calomnioasă.

Plângerea, ca mod de sesizare a organelor de urmărire penală, nu poate fi confundată cu plângerea prealabilă, aceasta din urmă fiind , în acelaşi timp, o condiţie de pedepsibilitate şi procedibilitate. Plângerea se deosebeşte de plângerea prealabilă şi prin faptul că, în timp ce plângerea poate fi suplinită printr-un denunţ sau o sesizare din oficiu, plângerea prealabilă nu poate fi înlocuită cu nici o altă modalitate de sesizare.

III. Plângerea prealabilă

Conform art. 295 din Noul Cod de Procedură Penală, Punerea în mişcare a acţiunii penale se face numai la plângerea prealabilă a persoanei vătămate, în cazul infracţiunilor pentru care legea prevede că este necesară o astfel de plângere.

Plângerea prealabilă se adresează organului de cercetare penală sau procurorului, potrivit legii.

Plângerea prealabilă trebuie să fie introdusă în termen de 3 luni din ziua în care persoana vătămată a aflat despre săvârşirea faptei.

În cazul în care făptuitorul este reprezentantul legal al persoanelor prevăzute la alin. (2), termenul de 3 luni curge de la data numirii unui nou reprezentant legal.

Plângerea prealabilă greşit îndreptată la organul de urmărire penală sau la instanţa de judecată se trimite, pe cale administrativă, organului judiciar competent.

La primirea plângerii prealabile, organul de urmărire penală verifică dacă aceasta îndeplineşte condiţiile de formă şi dacă a fost depusă în termenul prevăzut de lege. În cazul în care constată că este tardivă, organul de cercetare penală înaintează procurorului actele încheiate împreună cu propunerea de clasare.

Dacă într-o cauză în care s-au făcut acte de urmărire penală se constată că este necesară plângerea prealabilă, organul de urmărire penală cheamă persoana vătămată şi o întreabă dacă înţelege să facă plângere. În caz afirmativ, organul de urmărire penală continuă cercetarea. În caz contrar, înaintează procurorului actele încheiate şi propunerea de clasare.

IV. Denunţul

Conform art. 290 din Noul Cod de Procedură Penală, denunţul este încunoştinţarea făcută de către o persoană fizică sau de către o persoană juridică despre săvârşirea unei infracţiuni .

Denunţul trebuie să conţină aceleaşi date ca şi plângerea, iar la primirea lui se desfăşoară aceleaşi activităţi ca şi la primirea unei plângeri .

Denunţul se poate concretiza :

- în formă scrisă – situaţie în care trebuie semnat şi datat de cel care îl face ;
- în formă orală – situaţie în care acesta se consemnează într-un proces-verbal de organul de urmărire penală ce îl primeşte. Acesta va fi semnat de persoana care a făcut denunţul şi de către cel care l-a primit .

Denunţul scris trebuie să cuprindă: numele şi prenumele, calitatea şi domiciliul petiţionarului, descrierea faptei care constituie obiectul denunţului, indicarea făptuitorului dacă este cunoscut şi a mijloacelor de probă prin care se pot dovedi împrejurările cauzei. Dacă denunţul cuprinde şi formularea unor pretenţii de despăgubire în privinţa daunelor provocate prin infracţiune, el reprezintă concomitent şi o constituire de parte civilă.

Denunţul făcută *oral*, se consemnează într-un proces verbal menţionându-se aceleaşi elemente, procesul verbal fiind semnat atât de organul de urmărire penală cât şi de denunţător.

La primirea unui denunţ organul de urmărire penală desfăşoară următoarele activităţi:

- stabileşte identitatea persoanei care s-a prezentat;
- verifică dacă aceasta are calitatea cerută de lege pentru a introduce denunţul;
- studiază denunţul pentru a constata dacă faptă sesizată este sau nu infracţiune;
- stabileşte încadrarea juridică a faptei sesizate;
- îşi verifică competenţa; dacă constată că nu este competent a efectua cercetarea, îndrumă persoana care s-a prezentat la organul competent;
- dacă denunţul nu cuprinde toate datele cerute de lege ia măsuri pentru completarea acesteia cu datele lipsă;
- înregistrează denunţul.

Denunţul scris trebuie să fie semnat de denunţător, iar în cazul denunţului oral, acesta se consemnează într-un proces verbal de către organul în faţa căruia a fost făcut.

În situaţia în care denunţul nu este semnat de denunţător sau denunţătorul nu-şi dezvăluie identitatea acesta este primit ca o simplă informare pe baza căreia organul de urmărire penală se poate sesiza din oficiu.

Denunţul se deosebeşte de plângere prin aceea că persoana care-l introduce nu este vătămată prin săvârşirea infracţiunii. Aceasta are cunoştinţa şi îşi asumă răspunderea pentru realitatea faptelor denunţate.

În situaţiile în care legea prevede obligaţia unor persoane de a sesiza organele judiciare despre săvârşirea unei infracţiuni, informarea pe care o fac persoanele respective nu are valoarea unui denunţ, ci este socotită modalitate specială de sesizare.

În anumite cazuri, legea prevede că denunţul poate fi făcut de însuşi cel care a săvârşit infracţiunea. Asemenea denunţuri duc fie la înlăturarea răspunderii penale, fie la atenuarea acestei răspunderi.

Orice persoană cu funcţie de conducere în cadrul unei autorităţi a administraţiei publice sau în cadrul altor autorităţi publice, instituţii publice ori al altor persoane juridice de drept public, precum şi orice persoană cu atribuţii de control, care, în exercitarea atribuţiilor lor, au luat cunoştinţă de săvârşirea unei infracţiuni pentru care acţiunea penală se pune în

mişcare din oficiu, sunt obligate să sesizeze de îndată organul de urmărire penală şi să ia măsuri pentru ca urmele infracţiunii, corpurile delicte şi orice alte mijloace de probă să nu dispară.

Orice persoană care exercită un serviciu de interes public pentru care a fost învestită de autorităţile publice sau care este supusă controlului ori supravegherii acestora cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu de interes public, care în exercitarea atribuţiilor sale a luat cunoştinţă de săvârşirea unei infracţiuni pentru care acţiunea penală se pune în mişcare din oficiu, este obligată să sesizeze de îndată organul de urmărire penală.

V. Sesizarea din oficiu

Conform art. 292 din Noul Cod de Procedură Penală, organul de urmărire penală se sesizează din oficiu dacă află că s-a săvârşit o infracţiune pe orice altă cale decât cele prevăzute la art. 289-291 şi încheie un proces-verbal în acest sens.

Organele de urmărire penală pot lua la cunoştinţă de săvârşirea unei infracţiuni şi pe alte căi decât plângere sau denunţ, aceste *căi* fiind multiple :

- mass-media scrisă sau vorbită;
- scrisori su mesaje anonime;
- apeluri telefonice anonime;
- cu ocazia desfăşurării urmăririi penale în cazul în care descoperă fapte noi ce constituie infracţiuni;
- activităţi specifice organelor de urmărire penală;
- zvonurile publice despre săvârşirea unor infracţiuni.

În situaţiile de mai sus, dacă organele de urmărire penală constată săvârşirea unei infracţiuni se sesizează din oficiu. În astfel de situaţii organele de urmărire penală au datoria să întreprindă verificări pentru a stabili dacă cele sesizate sunt sau nu reale; în caz afirmativ procedând la începerea urmăririi penale şi respectând întocmai criteriile de competenţă cunoscute.

Sesizarea din oficiu se materializează într-un *proces-verbal* şi se înregistrează la fel ca plângerea şi denunţul.

Bibliografie selectivă:

noul cod de procedură penală;

Dobrinoiu Vasile ş.a. – *Îndrumar de cercetare penală,* Ed. Atlas Lex, Bucureşti, 1994;

Anane ivan - *Acte procedurale ce pot fi efectuate în faza urmăririi penale,* Ed. Ex Ponto, Constanţa, 2003;

nistoreanu ghe. şi colab. – *Drept procesual penal,* ed. europa nova, bucureşti, 1996;

Neagu Ion – *Drept procesual penal, Tratat,* Ed. Global Lex, Bucureşti, 2002;

Aioniţioaie Constantin ş.a. - *Tratat de tactică criminalistică*, Ed. Carpaţi, Bucureşti, 1992;

Bercheşan Vasile ş.a. – *Cercetarea penală(criminalistică–teorie şi practică),* Ed. Icar, Bucureşti 2001.

TEHNIQUES OF ENFORCEMENTS OF INTERNATIONAL JURISDICTION ACTS

Denisa Barbu, Assist. Prof., PhD Student, "Valahia" University of Târgoviște, Florin Octavian Barbu, Lawyer, Dâmbovița Bar

Abstract: Techniques of enforcement of international jurisdiction act are different depending on the issuing international court and true nature of the act issued. Since a ruling, the decision belongs to the state, whether running or not.

Enforcement of a international decision depends on the nature of each case, on which the decision is adopted. Thus, it is not possible to address this issue in a general and abstract manner, behavior of parties involved in a dispute in the development and execution of a jurisdiction act varies depending on the nature and content of the issued act. For example, the documents issued in the proceedings applied, through which the international tribunal rule on its own jurisdiction competencies or on the admissibility of the request, it does not require enforcement by the states. Thus, acts which do not relate to the substance of the dispute examined, does not create positive binding enforcement blamed on litigants.

Keywords: enforcements of CIJ decisions; enforcements of CEDO decisions; enforcements of arbitral sentences; enforcements of CIP sentences; enforcements of decisions in TIPIu.

Din momentul pronunțării unei hotărâri de către o jurisdicție internațională, executarea sau neexecutarea acesteia constituie o decizie unilaterală a statului[1].

Actele internaționale adoptate de către tribunalele internaționale produc efecte juridice atât în ordinea juridică internațională, cât și în ordinea juridică internă a statelor-părți la litigiu, precum și a altor state, după caz.

Executarea hotărârilor Curții Internaționale de Justiție. În cadrul jurisprudenței CIJ nu se poate discuta despre o procedură executorie uniformă proprie dreptului internațional public și contenciosului internațional, hotărârile cu caracter declarativ având proceduri de garantare executorie de natură diferită față de hotărârile cu caracter constitutiv.

Astfel, hotărârile cu caracter declarativ au ca obiect recunoașterea/ nerecunoșterea unor drepturi subiective revendicate în cadrul litigiului, dispozitivul hotărârii neincluzând ordine directe adresate părților, conturând doar o linie de comportament îndreptat spre prevenția ulterioară de contestații, părțile fiind ținute să se conformeze conduitei prescrise.

Exemple de hotărâri cu caracter declarativ sunt:

1. *Actele care constată acțiuni din partea unui stat ca fiind conforme/ neconforme dreptului internațional public.*(Stabilirea dacă delimitarea zonei interne de pescuit în baza unui decret național este sau nu legitimă în sensul dreptului internațional este un exemplu în care CIJ examinează metoda aplicată, raționamentul conformității metodei cu normele *jus cogens* fiind decisiv la adoptarea hotărârii declarative autoexecutorii).

2. *Actele care țin de interpretarea unui tratat.* Aceste hotărâri sunt autoexecutorii datorită naturii lor, interpretarea dată de către CIJ având forță juridică pentru actorii implicați, dar și pentru orice subiect în general.
3. *Actele emise în materia diferendelor teritoriale.* Acestea se referă la hotărâri care privesc un teritoriu nesusceptibil ocupației externe și hotărâri care se referă la teritorii efectiv ocupate de către alte state. Astfel, în prima situație, CIJ recunoaște juridic apartenența teritoriului disputat suveranității unei părți, orice altă revendicare după pronunțarea hotărârii CIJ reprezentând o încălcare a dreptului internațional. Aceeași este situația în cazul recunoașterii validității cazului preexistent privind teritoriile contestate, celelalte state fiind obligate să se abțină de la orice măsuri care ar aduce prejudicii intereselor statului suveran.

În cazul diferendelor teritoriale care se referă la teritorii aflate sub ocupație străină, hotărârea CIJ,deși declarativă, nu este autoexecutorie, fiind necesară retragerea statului care a piedut procesul. Astfel, CIJ a restabilit suveranitatea Ciadului asupra unui teritoriu ocupat de către Libia aproape două decenii în speța *Diferendul de frontieră* (Ciad c. Libia) [2], evacuarea trupelor libiene din regiunea Banda d'Aouzou făcându-se după patru luni de la pronunțarea hotărârii [3]. În general, diferendele frontaliere între statele limitrofe sunt rezolvate de către CIJ prin examinarea atentă a metodei de delimitare aplicabilă, executarea hotărârii pronunțate constând de fapt in demarcația indicată de Curte.

Spre deosebire de hotărârile cu caracter declarativ, prin hotărârile cu caracter constitutiv sunt operate modificări ale situației juridice preexistente, constând în crearea de reguli juridice noi sau modificarea esențială a unei situații de fapt și/sau de drept. Spre exemplu, suntem în prezența unei hotărâri constitutive când prevederile unui tratat internațional sunt interpretate de către CIJ în sensul că procedurile aplicate de un stat sunt contrare acestui tratat, fiind instituită de Curte obligația nouă a statului de a se conforma prescripțiilor rezolutorii și de a-și modifica/abroga/înlocui procedurile aplicate.

Un alt exemplu de hotărâre constitutivă este când aceasta impune responsabilitatea plății de despăgubiri din partea unui stat pentru prejudicii cauzate altui stat, însă acestea sunt destul de rare, CIJ pronuțându-se doar asupra încălcării și lăsând la latitudinea părților stabilirea cuantumului reparatoriu - speța *Stâmtoarea Corfu* (Marea Britanie c. Albaniei),prima speță unde CIJ a statuat expres asupra cuantumului reparației datorate de statul albanez, reparație care a fost achitată abia în 1992 în baza unui acord adițional încheiat între părțile în conflict, după mai bine de patru decenii de neexecutare; speța *Ahmadou Sadio Diallo* (Guineea c. Republica Democrată Congo), unde CIJ s-a pronunțat asupra cuantumului satisfacției echitabile datorate de către Congo în favoarea Guineei – 85000 de dolari SUA pentru prejudiciul nematerial și 10000 dolari SUA pentru prejudiciul material adus proprietății private a victimei.

Actele jurisdicționale, deși obligatorii, nu dispun de forța executorie, totuși, dreptul internațional cunoaște unele tehnici de executare a hotărârilor judiciare internaționale.

Astfel, în cazul în care un stat care a fost parte în litigiu nu se supune hotărârii pronunțate de CIJ, fiind obligat în conformitate cu art. 94 din Carta ONU, cealaltă parte se poate adresa Consiliului de Securitate al ONU care are posibilitatea să facă recomandări sau

chiar să ia măsurile necesare pentru îndeplinirea hotărârii. Prevederile art.94, alin.2 din Carta ONU indică expres că, Consiliul de Securitate poate să asigure executarea hotărârilor Curții doar în cazul în care estimează că este absolut necesar, în versiunea inițială a Cartei , Consiliul de Securitate fiind obligat să acționeze în cazul solicitării din partea unei părți cu privire la neconformarea celeilalte părți litigante cu hotărârea pronunțată de către Curte.

La Conferința de la San Francisco, au apărut o serie de discuții pe marginea prevederilor art.94, alin. 2 și sintagma „ în caz că socotește necesar", punându-se accent pe slăbirea independenței Curții față de Consiliul de Securitate, care apare într-o dublă postură: de organ politic suprem al ONU, și în același timp, unicul mecanism de executare în sistemul ONU, fiind învestit cu puterea de a încuraja soluționarea pașnică a diferendelor internaționale conform Capitolului VII din Carta ONU[4].

Prin urmare, respectarea prevederiilor art.94, alin.2 va determina dificultăți practice care se vor evidenția mai ales în cazurile în care Consiliul de Securitate va fi nevoit să adopte *ex officio* o rezoluție contra unui membru permanent în defavoarea căruia a fost pronunțată o hotărâre și care refuză să se conformeze acesteia[5].

Până în prezent doar trei hotărâri au întâmpinat dificultăți în ceea ce privește executarea: în spețele *Strâmtoarea Corfu, Competențelor în materie de pescuit și Activități militare și paramilitare în Nicaragua și contra acesteia.* Despre prima speță am discutat anterior, în speța *Competențelor în materie de pescuit,* soluțiile reținute de către Curte au fost repede depășite de evoluțiile din dreptul mării și de aceea nu au fost puse în aplicare de către Islanda. În ceea ce privește diferendul dintre Nicaragua și SUA, hotărârea Curții din 27 iunie 1986, nu a fost decât parțial executată și cazul nu s-a finalizat printr-o desistare a statului Nicaragua decât după schimbarea de direcție politică de la Managua, reorientarea relațiilor dintre cele două țări și reluarea ajutorului financiar american pentru Nicaragua[6].

O altă întrebare care se pune cu privire la prevederile art.94, alin.2, este dacă, Consiliul de Securitate este competent să procedeze la revizuirea hotărârilor CIJ?

Răspunsul este că nicio prevedere din Carta ONU nu conține asemenea stipulații, însă această problemă urmează să fie analizată în raport cu prevederile art.34 și art.39 din Cartă, care conferă Consiliului de Securitate puterea de a discuta și a se pronunța asupra oricărui diferend sau situație „care ar putea duce la fricțiuni internaționale" , o asemenea abordare apărând ca o revizuire politică a hotărârii CIJ. O astfel de formă de revizuire implică și sancțiuni formale, dacă proiectul de rezoluție nu a fost adoptat cu majoritatea necesară. Printre primele exemple în care a fost invocat art.94, alin.2, au fost cauzele *Compania de petrol anglo – iraniană* (Regatul Unit c. Iranului) din 1951, și *Acțiunile militare și paramilitare în și contra Nicaraguei* (Nicaragua c. SUA) din 1986.

În prima speță prevederiile art.94, alin.2, au fost invocate în legătură cu ordonanța Curții din 5 iulie 1951[7] prin care au fost dispuse măsuri provizorii, iar membrii Consiliului au examinat cererea prin coroborarea argumentelor prezentate de părți Curții, procedând astfel la o revizuire a hotărârii pronunțate de Curte.

În a doua speță, recursul în fața Consiliului de Securitate, reprezintă o amenințare pentru autoritatea hotărârilor Curții, ca urmare a exprimării dreptului de veto din partea SUA asupra rezoluției Consiliului de Securitate în cauza respectivă. Această situație a determinat

Nicaragua să transfere examinarea problemei din competența Consiliului de Securitate în cea a Adunării Generale, care conform art.10 și 11, alin.4 din Cartă, a adoptat o rezoluție cu privire la problemele procedurii de votare în cadrul Consiliului de Securitate[8].

Concluzia este că doar atitudinea rezervată a organelor politice a Națiunilor Unite și a membrilor ei ar constitui singura posibilitate reală de a menține autoritatea Curții, în asemenea situații practice, urmând a fi instituită o reglementare convențională[5].

Executarea unui act jurisdicțional mai poate fi realizat și pe calea tribunalelor naționale, ele putând recunoaște validitatea acestor hotărâri[9]. În cazul refuzului unui stat debitor de executare a obligației față de un stat creditor, acesta din urmă poate apela la instanțele judiciare interne în vederea asigurării executării actului pronunțat de o instanță jurisdicțională internațională, însă această situație nu se referă la recunoașterea caracterului definitiv și obligatoriu al hotărârii internaționale de către un tribunal național, dar privește procedura executării forțate a actului prin intermediul autorității magistratului național, când o asemenea procedură executorie este de fapt posibilă (spre exemplu – speța CPJI *Societatea comercială a Belgiei* (Belgia c. Greciei))[10].

În această speță s-a dat hotărârea din 15 iunie 1939 de către Curtea Permanentă de Justiție Internațională în care s-a subliniat caracterul obligatoriu și definitiv al sentințelor arbitrale pronunțate, însă actele internaționale jurisdicționale rămânând neexecutate până în anul 1950, societatea reclamantă a recurs la sesizarea Tribunalului de la Bruxelles privind confiscarea fondurilor alocate în conformitate cu planul Marshall în favoarea statului elen, depozitate în instituțiile financiare belgiene. Tribunalul de la Bruxelles admite cererea de confiscare, iar statul elen ridică trei excepții preliminare, excepția inexistenței unui act de justificare a confiscării fiind reținută de tribunal. Tribunalul în decizia adoptată arată că obținerea imediată a sumelor reclamate este imposibilă din motivul inexistenței unui act cu titlu executoriu (*exequatur*) , în fapt tribunalul punând semne de egalitate între sentințele arbitrare și hotărârea CPJI cu actele jurisdicționale străine ale altor state, susceptibile procedurii *exequatur – ului*.[1.p.446].

Decizia tribunalului belgian a fost criticată de doctrină, magistrați făcându-se vinovați de incompetență și comiteri de erori de drept incompatibile cu funcțiile deținute[11].

Remarcăm că, în general autorizarea executării forțate a unei hotărâri internaționale de către un tribunal intern în favoarea unui alt stat privește doar spețele de natură econimică și financiară, referitoare la încasare de fonduri, fiind imposibilă teoretic și mai ales practic executarea forțată prin echivalent a actelor de demarcație teritorială sau încetarea actelor de agresiune.

Trăsăturile fundamentale ale actelor emise de CIJ privind executarea:

- statele sunt obligate să execute hotărârile CIJ în virtutea Cartei ONU și principiului respectării de bună voie și cu bună – credință a angajamentelor asumate (*pacta sunt servanda);*
- executarea propriu-zisă a hotărârilor CIJ constituie o operațiune care creează noi legături juridice între state, deoarece odată cu pronunțarea unei hotărâri, statele intră în faza negocierii modalităților de executare a acesteia, iar dacă sunt de bună

– credință, ele urmează să ajungă la o nouă înțelegere obligatorie pentru toți subiecții implicați;
- refuzul de executare a hotărârilor CIJ se poate solda cu procedura executării forțate de ordin instituțional prin declanșarea de acțiuni punitive din partea Consiliului de Securitate al ONU;
- în cazul ineficienței procedurii de executare forțată, neexecutarea hotărârii CIJ, angajează responsabilitatea internațională a statului recalcitrant și autorizează adoptarea de contra – măsuri de către statul lezat în interesele sale.

Executarea hotărârilor CEDO. Hotărârile CEDO nu constituie titlu executoriu și conform art.46 din Convenție sunt transmise Comitetului de Miniștri, care supraveghează executarea lor. Această dispoziție este o obligație juridică asumată printr-un tratat internațional și trebuie raportată la prevederiile art.1 din Convenție care instituie obligația impusă statelor de respectare a drepturilor și libertăților fundamentale tuturor persoanelor aflate sub jurisdicția lor. Hotărârile instanței europene deși au caracter declarativ, totuși, ele sunt obligatorii pentru state, supravegherea executării lor revenind unui organism politic, Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei și nu însuși organului jurisdicțional de la care emană[12].

Precizăm că sunt susceptibile de executare numai hotărârile definitive CEDO (care constau într-o încălcare a Convenției, deseori numite „de condamnare a statului", hotărâri adoptate de Comitete conform art. 28, paragraf 1, lit.b, de Camere conform art. 29 și de Marea Cameră conform art. 31) , dar nu și deciziile CEDO. Problema executării se pune atât în privința hotărârilor care acordă și o satisfacție echitabilă victimei încălcării, cât și în privința hotărârilor care se limitează numai la constatarea existenței unei încălcări a drepturilor omului.

De asemenea, Regulamentul Curții prevede expres că sunt susceptibile de executare și hotărârile prin care Camerele sau Marea Cameră radiază o cauză de pe rol, dacă acestea conțin angajamente cărora au putut să le fie subordonate de sistarea reclamantului, reglementarea amiabilă sau soluționarea litigiului[13].

Regulile aplicabile în dreptul internațional public impun concluzia că refuzul de a executa sau executarea necorespunzătoare a unei hotărârii a Curții Europene, atrage o încălcare de sine stătătoare a Convenției, angajând răspunderea internațională a statului respectiv[14].

În situația în care o parte contractantă nu își onorează angajamentele convenționale, Comitetul de Miniștri în urma unei procedurii distincte este în drept să examineze măsurile care i se impun în vederea sancționării acestei părți[15].

Comitetul a adoptat în 2006 Regulile în vederea supravegherii executării hotărârilor și a termenilor reglementării amiabile[16].

Potrivit acestui document, după transmiterea unei hotărâri Comitetului, cauza este înscrisă pe ordinea de zi, statul pârât este invitat să prezinte informații despre măsurile luate sau care urmează a fi luate ca urmare a adoptării hotărârii. În cazul supravegherii executării, Comitetul de Miniștri examinează modul de îndeplinire a obligației de plată a despăgubirilor acordate de către statele condamnate, precum și luarea unor măsuri individuale cu caracter

urgent sau a unor măsuri cu caracter general în vederea restabilirii drepturilor încălcate de acestea. Dacă statul declară că nu poate să informeze Comitetul despre măsurile generale necesare pentru a se asigura respectarea hotărârii, cauza este din nou înscrisă pe ordinea de zi a unei reuniuni a acestuia care trebuie să aibă loc în cel mult șase luni. Informațiile furnizate de către state Comitetului de Miniștri în aplicarea art.46 al Convenției sunt accesibile publicului, cu excepția cazului când Comitetul decide altfel în scopul protecției unor interese legitime sau private[17].

Comitetul de Miniștri este competent a lua în considerare orice plângere transmisă de reclamant în privința plății satisfacției echitabile sau a executării măsurilor individuale, putând adopta rezoluții interimare cu scopul de a impulsiona statul în începerea executării hotărârii. După constatarea referitoare la faptul că statul a luat toate măsurile necesare pentru a se conforma hotărârii Curții, Comitetul adoptă o rezoluție finală prin care constată că și-a îndeplinit funcțiile conform art.46 al Convenției.

Potrivit Regulii nr.5, Comitetul de Miniștri va adopta un raport anual cu privire la acțiunile întreprinse potrivit art.46, paragraf 2 și 5 și art.39, paragraf 4 al Convenției, care urmează a fi transmis Curții, Secretarului General, Adunării Parlamentare și Comisarului pentru Drepturile Omului al Consiliului Europei (primul raport anual al CM fiind întocmit și publicat în martie 2008).

Până la intrarea în vigoare a Protocolului 14, sarcina CM a fost una dificilă neexistând un sistem coerent de sancțiuni intermediare până la aplicarea sancțiunilor drastice instituite de art.7 și 8 ale Statutului Consiliului Europei (suspendarea dreptului de reprezentare și excluderea din organizație)[18].

Pentru înlăturarea acestor dificultăți de ordin politic (cauza *Loizidou c. Turciei*)[19] , la nivelul Comitetului de Miniștri s-au făcut o serie de propuneri pentru instituirea prin Convenție de noi reguli și sancțiuni intermediare, realizate abia la 1 iunie 2010, odată cu intrarea în vigoare a Protocolului 14 la Convenție. Pe lângă acestea începând cu anul 2000, CM a elaborat șase recomandări:

- Recomandarea Rec (2000) 2 din 19 ianuarie 2000, cu privire la redeschiderea și reexaminarea anumitor cauze la nivel național ca urmare a hotărârii pronunțate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului[20];
- Recomandarea Rec (2002) 13 din 18 decembrie 2002, cu privire la publicarea și răspândirea textului Convenției Europene și a precedentelor Curții Europene în toate statele – membre[21];
- Recomandarea Rec (2004) 4 din 12 mai 2004, cu privire la introducerea studierii Convenției Europene în ciclul universitar și organizarea de traininguri profesionale[22];
- Recomandarea Rec (2004) 5 din 12 mai 2004, privind verificarea compatibilității proiectelor de legi, a legilor în vigoare și a practicii administrative cu standardele reglementate prin Convenția Europeană[23];
- Recomandarea Rec (2004) 6 din 12 mai 2004, cu privire la perfecționarea remediilor naționale[24];

- Recomandarea Rec (2008) din 6 februarie 2008, cu privire la măsurile eficiente pentru executarea rapidă la nivel intern a hotărârilor Curții Europene[25].

Au fost adoptate de către CM și o serie de măsuri în vederea eficientizării executării hotărârilor:

- elaborarea unor studii detaliate asupra practicii de executare a hotărârilor cu scopul de a acorda autorităților naționale asistență pentru găsirea răspunsurilor la diverse probleme ce apar în materia executării (spre exemplu monitorizarea plății sumelor ca urmare a deciziilor asupra satisfacției echitabile)[26];
- schimbul de opinii cu alte instituții (spre exemplu schimbul de opinii cu Adunarea Parlamentară în ce se realizează în contextul monitorizării regulate.
- crearea unei baze de date globală cu informație ușor accesibilă privind starea executării hotărârilor (site-ul web dedicat executării hotărârilor CEDO cuprinde informația actuală sortată după state în ordinea progreselor înregistrate la executarea hotărârilor[27].
- dezvoltarea metodelor de lucru ale Comitetului de Miniștri (extinderea ședințelor de la șase ședințe cu o durată de două zile la patru ședințe a câte trei zile în anul 2008, considerându-se că prin acest program de lucru se acordă mai mult timp Secretariatului – Departamentului de executare a hotărârilor CEDO – și statelor să se pregătească);
- instituirea unor programe speciale privind executarea hotărârilor Curții.

De asemenea, un rol important în procesul de executare a hotărârilor Curții Europene îl are și Adunarea Parlamentară a Consiliului Europei[28].

Adunarea Parlamentară poate iniția procedura de monitorizare a statului în cauză, poate formula întrebări scrise și orale Comitetului de Miniștri. În fapt prin rezoluția respectivă, Adunarea Parlamentară a invitat statele – părți să asigure redresarea situației individuale a reclamantului și să vegheze ca legislația națională să prevadă revizuirea proceselor în urma unei hotărâri a Curții[29].

Există și alte mijloace folosite de Adunare cu privire la executarea hotărârilor Curții, cum ar fi:

- asigurarea unei transparențe în procedura de executare;
- monitorizarea permanentă a executării acestor hotărârii;
- corespondența cu delegațiile naționale pentru a le solicita să intervină pe lângă guvernele respective în scopul respectării hotărârilor Curții;
- cererii adresate miniștrilor de justiție ai statelor în cauză pentru a da explicații Adunări, în caz de refuz sau de durată excesivă a executării unei hotărâri a Curții;
- adoptarea de recomandări speciale, la inițiativa Comitetului de Miniștri, privind executarea anumitor hotărâri;
- dezbaterea de urgență a unor situații speciale, dacă statul în cauză face dovada unei rele – voințe în executarea hotărârilor;
- în caz de eșec al acestor măsuri, luarea în considerare a altor mijloace de constrângere politică prevăzute de Regulamentul intern al Adunării și/sau recomandarea ce poate fi făcută Comitetului de Miniștri de a utiliza împotriva

statului în cauză dispozițiile art.8 din Statutul Consiliului Europei[12.pp.1579-1580]. Implicarea Adunării vizează să responsabilizeze și mai mult parlamentarii europeni în ceea ce privește angajamentele internaționale ale guvernelor lor[30].

De asemenea, Comisarul European pentru Drepturile Omului are un rol important în promovarea respectării prevederilor Convenției Europene și a hotărârilor Curții în contextul dialogurilor purtate cu guvernele statelor vizate și a vizitelor în statele – membre. De asemenea a început o colaborare eficientă în domeniul drepturilor omului cu instituțiile naționale.

Executarea sentințelor arbitrale. În ceea ce privește arbitrajul național nu există un mecanism de supraveghere a executării sentințelor arbitrale pronunțate. Executarea este voluntară și se bazează pe buna – credință a părților, conform principiului *pacta sunt servanda bonae fide,* dat fiind faptul că instanța arbitrală este creată printr-un tratat, supus regulilor dreptului tratatelor și care conține și obligația părților de a respecta și executa sentința.

Executarea sentințelor Curții penale Internaționale. Executarea sentințelor este prevăzută în capitolul X din Statutul de la Roma, aceasta fiind exercitată de către Președinție, dacă prin Regulile de procedură și de probe nu se stabilește altfel. Astfel, o sentință cu pedeapsa închisorii va fi executată într-un stat desemnat de CPI, de pe o listă de state care și-au manifestat acceptul de a primi persoanele condamnate. Statul inclus în lista respectivă poate însoți acceptarea de condiții care trebuie să fie acceptate de Curte. Aceste condiții pot fi retrase oricând de statul care le-a înaintat, iar orice modificări sau completări la condițiile respective trebuie să fie confirmate de Președinția Curții. De asemenea, statul respectiv poate oricând informa Grefierul Curții despre intenția sa de a fi exclus din lista statelor executante, fără a aduce atingere executării sentințelor în privința condamnaților care au fost deja acceptați de către statul respectiv (potrivit art.200, alin.3 și 4 din Regulamentul de procedură și de probe). Desemnarea statului însărcinat cu executarea se face în raport de următoarele considerente: principiul în virtutea căruia statele – părți trebuie să împartă responsabilitatea executării pedepsei închisorii în mod echitabil, regulile și standardele internaționale care guvernează tratamentul deținuților, punctul de vedere al persoanei condamnate, naționalitatea persoanei condamnate. În cazul în care nu va fi desemnat niciun stat, pedeapsa cu închisoarea va fi executată într-o instituție penitenciară comunicată de statul – gazdă în condițiile definite în acordul de sediu, cheltuielile fiind puse în sarcina Curții[31]. Curtea este cea care controlează executarea pedepsei cu închisoarea, care trebuie să fie conformă normelor internaționale general acceptate cu privire la tratamentul deținuților și cu privire la condițiile de detenție, care vor fi guvernate de legea statului de executare, armonizată la acordurile internaționale privind tratament deținuților, și care nu pot fi altele decât acelea pe care statul de executare le aplică condamnaților deținuți pentru infracțiuni similare[31,art.106]. După executarea pedepsei, potrivit art.107 din Statut, persoana care nu este resortisant al statului de executare poate fi transferată într-un alt stat care acceptă ori este obligat să o primească, în funcție de dorința persoanei de a fi transferată, numai dacă statul de executare nu autorizează persoana să ramână pe teritoriul său, cheltuielile de transport fiind suportate de Curte, în cazul în care niciun stat nu le preia asupra lui. Potrivit aceluiași articol cu rezervele impuse de art.108 din Statut, statul de executare are dreptul să extrădeze sau să predea persoana pe care

o are în detenție statului care a cerut extrădarea sau remiterea persoanei, în scopul judecării sau executării unei pedepse.

Pe lângă această obligație, statele se angajează să asigure executarea amenzilor și a măsurilor de confiscare dispuse de Curte, aceasta fiind imputabilă tuturor statelor – părți la Statut. Președinția Curții ,pentru executarea acestei dispoziții, trimite copiile hotărârii oricărui stat cu care condamnatul are următoarele puncte de legătură: cetățenie,domiciliul sau reședința obișnuită a condamnatului, locul situării bunurilor și activelor sale. Statele – părți vor executa pedeapsa amenzii și măsurile de confiscare ordonate de Curte fără a prejudicia drepturile terților de bună-credință, în conformitate cu procedurile prevăzute de legislațiile lor naționale[32]. În cazul în care măsura confiscării nu poate fi pusă în executare de către un stat-parte, acesta va lua măsurile necesare recuperării valorii produsului, a bunurilor ori a averilor , fără a prejudicia drepturile terților de bună-credință[31,art.109,alin.2]. Bunurile ori contravaloarea lor vor fi transferate de statul-parte care le-a valorificat, în executarea sentinței, către Curte[31, art.109, alin.3].

Cu privire la măsura reducerii pedepsei, doar Curtea decide acest lucru, după ascultarea condamnatului, fără ca statul de executare să poată dispune eliberarea persoanei înainte de expirarea duratei pedepsei pronunțate de Curte, condițiile de reducere a duratei pedepsei fiind prevăzute de art.100 din Statut. După executarea pedepsei, condamnatul rupe orice legătură cu Curtea și se supune în continuare legislației statului pe teritoriul căruia se află[33].

În caz de evadare a persoanei condamnate din detenția statului de executare, acest stat, după consultarea cu Curtea, va cere predarea persoanei statului unde aceasta a fost localizată, conform acordurilor bilaterale și multilaterale sau predarea persoanei Curții, în baza capitolului IX din Statut. Dacă predarea persoanei este solicitată de Curte, ea poate cere ca persoana să fie predată statului de executare sau altui stat[31,art.111].

Executarea hotărârilor în cadrul Tribunalului Internațional Penal pentru fosta Iugoslavie. TIPIu este o instanță internațională ad-hoc,care își exercită autoritatea pe baza Rezoluțiilor Consiliului de Securitate al ONU (nr. 808 din 22 februarie 1993 și nr. 827 din 25 mai 1993), fiind investită cu autoritatea adoptării de acte obligatorii și nu în baza consimțământului expres al statelor exprimat sub forma unui tratat internațional.

Statele au obligația de a participa la procedura judiciară internațională, refuzul de a coopera făcând parte din obiectul unei proceduri distincte[34].

Spre exemplu, dacă nu este executat un mandat de arest emis de TIPIu de către un stat într-un termen rezonabil, camera de primă instanță reexaminează actul de acuzare, emițând un mandat de arestare internațional pe numele învinuitului, dacă se constată că sunt juste temeiurile acuzării. Neexcutarea mandatului este considerată refuzul statului de a coopera și se informează Consiliul de Securitate al ONU care de cele mai multe ori se rezumă la declarații, în cazuri speciale recurgând la sancțiuni de natură economică.

Dacă un stat refuză să dea curs unei ordonanțe obligatorii (de colectare/ prezentare de probe) emise de TIPIu, acesta din urmă se poate pronunța asupra încălcării actului său de constituire (Statutului). Astfel, dacă TIPIu emite un mandat de arestare internațional, executarea acestuia devine obligatorie pentru toate statele în mod abstract, nelimitându-se la

statele interesate sau direct vizate. Totuși, obligativitatea executării actelor TIPIu este una mijlocită, fiind fundamentată pe autoritatea și competențele Consiliului de Securitate al ONU dată fiind modalitatea de constituire a TIPIu.

În concluzie, menționăm că buna executare a hotărârilor jurisdicțiilor internaționale este esențială din mai multe considerente. În primul rând, aceasta are ca obiectiv perfecționarea și promovarea protecției, după caz, a drepturilor statelor în relațiile dintre ele, în cadrul jurisdicțiilor contencioase, fie ale individului, în cadrul jurisdicțiilor pentru drepturile omului, prin remedierea încălcărilor comise și întreprinderea măsurilor necesare pentru prevenirea unor asemenea ilegalități sau stoparea continuării încălcării declanșate.

În al doilea rând, buna executare sporește încrederea în autoritatea și capacitatea jurisdicțiilor internaționale de a contribui la realizarea actului de justiție, în măsura în care neconformarea hotărârilor jurisdicției internaționale diminuează grav rolul acesteia în procesul restabilirii valorilor lezate și principiilor dreptului internațional.

BIBLIOGRAFIE

[1].Rosenne S. The Law and Practice of the International Court 1920-1996.Vol.I.The Hague: Martinus Nijhoff, 1997.p. 218.

[2].Cauza *Diferendul de frontieră* (Libia c. Ciad),hotărârea CIJ din 3 februarie 1994, publicată pe http://www.icj-cij.org/docket/files/83/6897.pdf (accesat la 22.04.2012).

[3]. Guillaume G. Les grandes crises internationales et le droit. Paris: Seuil, 1994, p.315.

[4]. Sârcu D. Efectele actului jurisdicțional în ordinea juridică internă a statelor. În: Implementarea normelor dreptului internațional în legislația națională a Republicii Moldova. Chișinău: CEP USM, 2011, p.99.

[5]. Tanzi A. Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations, http://www.ejil.org/journal/Vol6/No4/art2.html (accesat la 17.11.2011).

[6].Aurescu B. Sistemul jurisdicțiilor internaționale. București:Lumina Lex,1993.p.33.

[7]. Cauza *Anglo-Iranian Oil Co.*(Marea Britanie c. Iranului), ordonanța CIJ din 5 iulie 1951, publicată pe http://www.icj-cij.org/docket/files/16/2012.pdf (accesat la 09.02.2012).

[8].Rezoluția AgG ONU nr. 267(III) din 14 aprilie 1949, publicată pe http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN?NR0/044/38/IMG/NR004438.pdf?OpenElement (accesat la 07.06.2012).

[9]. Voican M. ș.a. Curți Internaționale de justiție. București:All Beck,2000. p.174.

[10].Cauza *Societatea comercială a Belgiei* (belgia c. Greciei), hotărârea CPJI din 15 iunie 1939, publicată pe http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_78/01_Societe_commerciale_de_Belgique_Arret.pdf (accesat la 21.04.2012).

[11].Pinto R. Cour International de Justice. În: Jurisclasseur de droit international, vol.III,1980,pp.215-218.

[12].Bîrsan C. Convenția Europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole.Ediția 2- București:C.H.Beck,2010,p.600.

[13]. Regulamentul CEDO,art.43[1], paragraf 3.

[14].Protocolul 14 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, art. 16.

[15].Sârcu D. Unele reflecții cu privire la executarea hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului. Rezultatele comunicărilor Conferinței Științifice internaționale cu genericul „ Învățământul superior și cercetarea- piloni ai societății bazate pe cunoaștere" dedicată jubileului de 60 ani ai Universității de Stat din Moldova, Științe socioumaniste, 2006, vol.II,pp.329-330.

[16]. Regulile CM al CoE în vederea supravegherii executării hotărârilor și a termenilor reglementării amiabile din 10 mai 2006, publicate pe https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/DEl/Dec(2006)964/4.4&Language=IanFrench&Ver=app4&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383 (accesat la 10.06.2012).

[17]. Regula nr. 8 a Comitetului de Miniștri.

[18]. Statutul Consiliuli Europei din 5 mai 1949, publicat pe http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=001&CM=8&DF=06/06/2012&CL=FRE (accesat la 05.05.2012).

[19]. CEDO, Loizidou c. Turciei, hotărârea din 23 martie 1995, publicată pe http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3%portal=hbkm&action=html&highlight=Loizidou%20%7C%20v.%20%7C%20Turkey&sessionid=98926916&skin=hudoc-en(accesat la 07.06.2012).

[20].Recomandarea CM al CoE (2000) 2 din 9 ianuarie 2000, publicată pe https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=334147&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383 (accesat la 07.06.2012).

[21]. Recomandarea CM al CoE (2002) 13 din 18 decembrie 2002, publicată pe https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=331657&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383 (accesat la 07.06.2012).

[22]. Recomandarea CM al CoE (2004) 4 din 12 mai 2004, publicată pe https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743277&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383 (accesat la 07.06.2012).

[23]. Recomandarea CM al CoE (2004) 5 din 12 mai 2004, publicată pe https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743297&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383 (accesat la 07.06.2012).

[24]. Recomandarea CM al CoE (2004) 6 din 12 mai 2004, publicată pe https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743317&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383 (accesat la 07.06.2012).

[25].Recomandarea CM al CoE (2008) din 6 februarie 2008 cu privire la măsurile eficiente pentru executarea rapidă la nivel intern a hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului, publicată pe https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec(2008)2&Language=IanFrench&Ver=original

&Site=CM&BackcolorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383 (accesat la 07.06.2012).

[26].Contrôle du paiement des sommes allouées au titre de la satisfaction équitable: apercu de la pratique actuelle du Comité des Ministres, Cm a CoE DH(2008)7 final, din 15 ianuarie 2009, publicat pe https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Inf/DH(2008)7&Language=IanFrench&Ver=final%Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383 (accesat la 09.06.2012).

[27].Exécution des arréts de la Cour européenne des droits de l' homme, publicat pe http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/default_FR.asp? (accesat la 07.06.2012).

[28].Rezoluția APCE a CoE nr. 1226 privind executarea hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului din 28 septembrie 2000, publicată pe http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=16834&Language=FR (accesat la 10.06.2012).

[29].Bogdan D., Selegean M., Roșianu C. ș.a. Drepturi și libertăți fundamentale în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului. București:All Beck,2005. p.657.

[30].Selejan-Guțan B. Protecția europeană a drepturilor omului.București:Ed.C.H.Beck,2006,pp. 66-68.

[31].Statutul Curții penale Internaționale din 17 iulie 1998, publicat pe http://icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+andTools/Official+Journal/Rome+Statute.htm (accesat la 08.12.2011).

[32].Pivniceru M.M. Răspunderea penală în dreptul internațional. Iași:polirom,1999,pp.197-199.

[33].Ponta V., coman D. Curtea Penală InternaționalăBucureşti:Ed.Lumina Lex, 2004,p. 207.

[34].Pazartis P. Mesures suivi dans le cadre des procédures devant les tribunaux pénaux internationaux ad hoc.În: L'effectivité des organisations:mécanismes de suivi et de controle. Pedone, 2000,p.135.

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES

Maria-Magdalena Bârsan, Assist. Prof., PhD, "Transilvania" University of Brașov

Abstract: The article aims to bring in the most recent legislative changes relating to the institution of the legal person. Given its recently introduced the Romanian criminal law, Law no. 278/2006, it has undergone some changes along with the entry into force of the new Criminal Code, Law no. 187/2012 for implementation of Law no. 286/2009 the Criminal Code.

Keywords: criminal liability, legal person, sanctions, individual, immunity.

I think that Romanian criminal law needs a new regulation regarding the exclusion of legal entities from the area of criminal liability considering that, given the present market economy, the possibility of creating legal entities which can commit crimes is very real. For the first time in our national law, Law no 278/2006 incriminates the legal entity. In the previous regulation, one of the general conditions of the active subject was that of being a person. Currently, the active subject could also be a legal entity. In the special part of the Criminal Code, as well as other special laws, we can find crimes whose active or passive subject can be a legal entity. To point out those stated above, we will provide several examples of crimes which can have as an active or passive subject a legal entity.

Article 250 "*Fraudulent performing of financial operations*", a crime whose secondary passive subject is the legal entity who owns a payment instrument. Article 249 "*Informatics fraud*", the active subject can be a person of the legal entity who suffered a prejudice as a result of the counterfeiting or alteration of data, the restricted access to those data or prevention of the functioning of an information system. The secondary passive subject can be the rightful owner , the person or the legal entity, which uses that system. Article 239 "*Not fulfilling of wrongfully fulfilling the job duties*", the active subject can only be a legal entity, even if the general conditions regarding the criminal liability of a legal entity are met, as it is a crime with a qualified active subject. The same situation can be found in article 330 "*Not fulfilling or wrongfully fulfilling the job duties with guilt*", article 306 "*Illegally obtaining funds*", a crime committed by a person by presenting projects which aim to secure financing from public money. Article 307 *"Embezzlement"*, a passive subject can be any legal entity stated in article 176 of the Criminal Code which was given funds or material resources which have been embezzled. The criminal liability of the legal entity can be engaged by any person who acts by respecting the law. At the same time, engaging the criminal liability of the legal entity is conditioned on identifying a subjective element which can be different from the one found in case the author is a person.

By analyzing article 135 of the Criminal Code and the previous regulation, passed by Law no 278/2006 for the change of the Criminal Code, we can see that the principles of the previous regulation were kept.

Therefore, the concept of criminal liability of the legal entity for any crime is maintained, as well as the possibility to cumulate the criminal liability of the legal entity with the criminal liability of a person. On the other hand, the lawmaker reduced the criminal immunity of legal institutions which operate on the public market, the immunity being limited just to crimes committed while performing such activities. There are also some changes in

customizing the sanctions for the legal entity, determined by the newly introduced system of fine days for the legal entity. Also, in case of complementary sanctions, a new punishment was introduced, that of placing the legal entity under supervision. In our current law, the types of persons who are not criminally liable are stated clearly.

The conditions to be met for engaging the criminal liability of the legal entity

1. One of the general conditions for engaging the criminal liability of the legal entity is that it has to be a legally founded company. The legal entity is a collective subject of law, representing an association of people who, by respecting the legal formal obligations, becomes entitled to both subjective rights and civil obligations. Any legal entity must be individually founded and organized; it must have its own goods pertaining to achieving a certain legal and moral purpose, in agreement with the general interest. See also the provisions of article 219, 220 of the Civil Code.

2. The legal capacity: the second general condition in order to engage the criminal liability of the legal entity is that the entity is not a part of the excluded category of entities, as not all legal entities are criminally liable. According to the provisions of article 135 of the Criminal Code, the state and its public authorities are not criminally liable as they have no criminal legal capacity. According to the provisions of the second alignment of article 135 the public institutions are not criminally liable for crimes committed when exercising an activity which is not the object of the private market. We must also mention that the legal entities, except for those who are expressly left out, are criminally liable regardless of whether they are private or public.

3. Committing crimes while performing the activities for which the entity was founded. This means that an organ or a representative of the legal entity committed a crime while exercising their rightful activity, according to the law or the entity's founding papers. Such a crime is committed in the interest of the legal entity in all situations in which the material or moral good obtained by committing the crime, is given to the legal entity. For example: human trafficking, money laundering and smuggling.

According to the provisions of article 136 of the Criminal Code, the punishments to be applied to the legal entity are classified as main and complementary. The main punishment is a fine, described as the amount of money the entity must pay to the state; the amount is determined by using the fine-day system.

We will describe the complementary punishments as the new Criminal Procedure Code establishes certain prevention measures which can be applied, some looking quite similar to the complementary punishments regulated in article 136 of the Criminal Procedure Code, but they must not be mistaken for one another, regardless of their content. See article 493 of the Criminal Procedure Code.

Pertaining to the regime of complementary punishments applied to the legal entity, article 138 of the Criminal Code states that if the court rules that the nature and gravity of the crime, as well as the circumstances in which it was committed, are extremely dangerous, it can apply one or more complementary punishments. But does the law allow for several or even all complementary punishments? The answer is found in the provisions of article 138 third alignment which states that several complementary punishments can be applied, except for liquidation of the entity. Alignment 4 of the same article states that complementary punishments can be applies only as an accessory of the main punishments. We will continue by listing the complementary punishments to be applied to legal entities, while in the next section we will analyze aspects of compared law. According to the provision of article 139 of the Criminal Code, the complementary punishment of liquidation of the legal entity is applied when the company was founded with the sole purpose of committing crimes and the punishment for the crime committed is imprisonment for over 3 years. This is the significant

difference as opposed to the previous regulation. By adding the condition that the crime must be punished with imprisonment for over 3 years, we can state that the most favorable criminal law applies, as it states a supplementary condition.

The provision of article 140 of the Criminal Code states, as a complementary punishment of the legal entity, the suspension of the company's activity, thus forbidding it from exercising any activity in regard to the crime that was committed. The complementary punishment must not be applied for extensive periods of time as it would indirectly cause the liquidation of the company.

Article 142 of the Criminal Code states, as a complementary punishment, the closing of some offices of the company. This complementary punishment can be applied if the entity which committed the crime has at least two registered offices.

Article 143 of the Criminal Code states the prohibition of participating in tenders as a complementary sanction. Thus, the entity which committed a crime is prohibited from participating in tenders of any kind for 1 to 3 years. The reason for this prohibition is that of protecting the public market from an entity which presents no credibility and no guarantees of delivering quality goods or performing quality services.

Article 144 of the Criminal Code regulates the placing under judicial supervision. The person in charge will supervise the activity in which the crime was committed, without having the right to get involved in the management of the entity.

Article 145 of the Criminal Code regulates the complementary sanction of displaying or publication of the sentence. This is a very effective means of punishing the entity as it causes a very strong social impact, causing the players on the market to be warned and to avoid entering into any contract with the entity which was sanctioned.

Elements of compared law:

I. The German Criminal Code states in article 14 – Acting on someone else's behalf

(1) In case the perpetrator acts:

1. as an organism, who legitimately represents a legal entity or members of such a group,

2. as a legitimate representative of a society without judicial personality

3. as a legal representative of another person

than the criminal liability will be determined by taking into account the personal characteristics, the conduct and the circumstances in which the perpetrator acted.

(2) In case the perpetrator is authorized by the owner of a company or other such society:

1. To lead the company partially or totally

2. To undergo actions on his own responsibility and with the specific consent of the owner, although these would fall within his duties,

and he would act within the limits of this contract, the provisions of the law will be applied to him as well, although only the owner fulfilled all necessary conditions for exercising such an activity. Similar to the company as described in the first alignment is the institution (in German law, these are public sector players). If the contract based on which the perpetrator acts provided him with duties within public administration, than the provisions of the second alignment will be applied.

(3) The provisions of alignments (1) and (2) will be applied in case of legal action, when the representation ensured by the person empowered by contract is inefficient.

Article 75 – Special provisions for organisms and representatives.

In case the person acts:

1. as an organism which legally represents an entity or as member of such an organism,

2. as a legitimate representative of a society without legal personality
3. as a member of the board, having the necessary authorization to represent the society without legal personality
4. as the general manager or as a person with the authority to lead the legal entity or one of the entities or societies listed above
5. as any other person who is in charge with managing the society, company by exercising the supervision listed above or by exercising control over that company from management positions,

and undergoes an action contrary to those with which he was invested, thus the provisions of article 74a-74c and 74f can be applied and confiscation would appear as a normal measure to be applies, the criminal action against the entity would be added to the criminal action against a person, if such an actions exists. The provisions of article 14, third alignment will be applied accordingly.

Article 74a – Other cases in which the confiscation of goods is required

Regardless of the provisions of article 74 alignments (1) and (2) the goods will be confiscated if, the person who owns the goods at the time of the court decision

1. has contributed to the planning or committing of the crime by using the good he owned
2. has known the circumstances in which the good was acquired at the time he received it.

Article 74b – The principle of proportionality

(1) If the retrieval of goods is not necessary according to the law, confiscation can't be ruled in the cases stated in articles 74 and 74a, as the confiscation of goods would seem disproportionate in regard to the deed that was committed.

(2) In the cases stated in articles 74 and 74a, the court can decide to not confiscate, if the court appreciates that the purpose served by confiscation can be achieved by using a less restrictive measure. In this case, the aspects to be considered are:

1. If the circumstances are of such a nature that they would render the good unusable,

2. If there is a risk that certain features or characteristics of the good would disappear or can be removed or modified

3. If these objects can't be used in any way.

If the measure applied by the court is respected, the decision on confiscation will be annulled; if it is not respected, the court can rule on confiscation at any time.

(3) If the full retrieval of objects is not considered to be necessary, the confiscation can be applied to only a part of those goods.

Article 74c – Confiscating by equivalent

(1) In case the perpetrator or the participant in crime who is in possession of the object that must be given back and he no longer has the object he must return because he capitalized on it, consumed it or rendered it unusable, the court can rule on confiscating by equivalent. Thus, the value of that object, determined in money, will be confiscated from the perpetrator or participant in crime.

(2) This measure can be applied by the court in addition to confiscating in nature or when the good was sold to a goodwill third party or when the good can't be traced in order to be confiscated; if this measure is applied by the court in addition to confiscation in nature, than the confiscated amount will only cover the difference between the value of the goods which should be confiscated and the value of the confiscated goods.

(3) The value of the object about to be confiscated can be estimated.

Article 74f – Granting damages (*compensation*)

If, at the time of the court decision, the good is found in the legitimate property of a third person of good will or the confiscated good became impossible to use by wearing, the person who suffered the prejudice will be granted damages from funds of the State Treasury, considering the value of the good on the market.

The French Criminal Code states the following in article 121-2

The legal entities except for the state are criminally liable for crimes committed by them or on their behalf, by their representatives or organisms; we must distinguish between these provisions and those of articles 121-4 – 127-7.

Given all these, the territorial groups are criminally liable except for the crimes committed while exercising their activities which are susceptible to convention by which a public service is delegated.

Criminal liability of the legal entity does not exclude the liability of the physical person who acted as author or accomplice of the same deed, under the provisions of article 121-3, alignment 4.

Article 121-3

There is no crime committed without intent. We can discuss a crime or offense when another person's safety is deliberately endangered.

In the cases listed by law, the deed which has all the necessary elements of a crime will be considered an offense if it was committed by negligence, imprudence of by not respecting an obligation to be cautious, if it can be determined that the perpetrator did not fulfill his obligations diligently, considering the nature of the activity it exercised or the function, competence and available means of that person.

In the case stated in the third alignment, the people who did not cause the prejudice directly, but who have created or helped create the situation which led to the prejudice, are criminally liable only if it can be established that they have deliberately violated a caution or security obligation stated by law or internal regulations or they committed a serious misdemeanor by endangering other people.

Article 131-37

Criminal punishments or corrections which can be applied to the legal entity are:

1. Fine
2. Punishments stated in article 131-39

As for corrections, the legal entities will be applied the reparatory sanctions stated in article 131-39-1.

Article 131-38

The maximum amount of fine to be applied to the legal entity is 5 times more than the amount stated for the person who committed the same crime.

When we are discussing a crime for which no amount of fine is established, the fine will be 1.000.000 Euros.

Article 131-39

In case the law states, one or more of the following punishments can be applied to the legal entity:

1. Liquidation, for when the entity was founded legally but was subsequently hijacked for committing crimes, if the punishment stated for such a deed is imprisonment of three years or more;
2. Prohibition from exercising any professional or social activity, directly or indirectly, for good or at least for a period of 5 years;
3. Placing the entity under judicial supervision for at least 5 years;
4. Closing one or more offices of the institution for good or for at least 5 years;
5. Prohibition from participating in public tenders permanently or for at least 5 years;

6. Prohibition from participating in tenders for awarding valuable immobile goods which are traded on the stock market permanently or for at least 5 years;

7. Prohibition of giving checks, other than those which allow withdrawal of funds or using credit cards, permanently or for at least 5 years;

8. Seizure of goods, as regulated by law;

9. Displaying or publication of the court's decision, by press or other media;

10. Confiscating the animal which was used in committing the crime or which was subject to the crime;

11. Prohibition to own an animal, permanently or for at least 5 years;

12. Prohibition to receive any kind of public help granted by the state, the local administration, or other institutions, as well as any other form of financial assistance provided by a private entity, permanently or for at least 5 years.

Complementary punishments stated at points 1 and 3 will not apply to public law legal entities, political parties or syndicates. The punishment stated at the first point will not be applied to the representative organisms of employees.

In Great Britain, the criminal liability of the legal entity is founded on the identification theory, which entails a mechanism of two stages: first is the analysis of the elements of the crime and second is the verifying of whether a certain person with a position inside the company is representative for the will of the entity.

Conclusions

As we have seen throughout this article, we can easily notice the importance and urgency of incriminating the legal entity, a measure which was taken rather late in our internal law, considering the social, economic and political factors. As it is a newly introduced institution in our internal criminal law, we notice that our lawmakers followed the Finnish Criminal Code in regulating the criminal liability of the legal entity. Also, the option to directly engage the liability of the legal entity, according to the Belgian and Dutch model, was maintained.

BIBLIOGRAPHY

1. *The new Criminal Code and the law for its reinforcement*
2. *The Criminal Procedure Code*
3. Ilie Pascu, Traian Dima, Costica Paun, Mirela Gorunescu, Vasile Dobrinoiu, Mihai Adrian Hotca, Ioan Chis, Maxim Dobrinoiu, *The new commented Criminal Code General part, Second revised edition*, Judicial Universe Publishing House, Bucharest, 2014
4. V.Dobrinoiu, M.A.Hotca, M.Gorunescu, M.Dobrinoiu, I.Pascu, I.Chis, C.Paun, N.Neagu, M.C.Sinescu, *The new commented Criminal Code, Second volume, The special part*, Judicial Universe Publishing House, Bucharest, 2012
5. *The German Criminal Code*
6. *The French Criminal Code*
7. D.M.Costin, *The criminal liability of the legal entity in Romanian criminal law*, Judicial Universe Publishing House, Bucharest, 2010
8. A.Jurma, *The legal entity – an active subject of criminal liability*, C.H.Beck Publishing House, Bucharest, 2010
9. F.Streteanu, *The criminal liability of the legal entity according to law no 278/2006*, in CDP, no 3/2006
10. F.Streteanu, R.Chirita, *The criminal liability of the legal entity, second edition*, C.H.Beck Publishing House, Bucharest, 2007

SOME ASPECTS CONCERNING INVESTIGATION ON SITE IN CASE OF WORK ACCIDENTS BY ELECTROCUTION

Emilian Alexandru Bulea, Assist. Prof., PhD Student, "Valahia" University of Târgoviște

Abstract: Work accidents by electrocution mostly wind up in losses of human lives, fact which requires special attention in terms of conducting on site investigation, in order to establish the exact causes of events occurred, relating circumstances, accident consequences, to lay emphasis on legal provisions breached, to identify persons responsible for organizing and managing work process and to initiate the prevention actions for future accidents.
Unlike other work accidents, the accidents by electrocution originate from a silent vulnerant agent, which is invisible and extremely dangerous, causing electrical shocks and trauma to the victim, with a potentially lethal impact on the human body.
The accident severity is firstly influenced by the intensity of the electrical power crossing the human body, the body resistance to such power, the size of the contact surface with vulnerant agent, the duration of electrical power action, the humidity of the working environment, the environmental temperature and, last but not least, the failure to observe safety measures in executing, exploiting, maintaining and repairing electrical installations and equipment.
These aspects of theoretical and practical importance are the topic of our study being highlighted and analyzed in most cases, as part of the investigations conducted by Territorial Work Inspectorates, Work Inspection Departments and Public Prosecutor's Offices.

Keywords: work accident, electrocution, investigation on site, causality, prevention.

1. Consideraţii introductive

Energia electrică, aşa cum o cunoaştem azi, a evoluat firesc de la stadiul incipient al descoperirilor făcute de celebrii savanţi William Watson, Benjamin Franklin, Charles Coulomb, Luigi Galvani, Alessandro Volta, la principiile consacrate de Georg Simon Ohm, Michael Faraday, Jean Peltier, James Clerk Maxwell, culminând cu nenumărate aplicaţii practice iniţiate de William Sturgeon, Thomas Davenport, Samuel Morse, Alexander Graham Bell, Thomas Alva Edison, Nikola Tesla, Peter Cooper Hewit.[1]

Această resursă incredibilă odată generată şi perfecţionată a permis realizarea unui salt uriaş în era tehnologiei cu infinită aplicabilitate practică, prin combinarea factorilor şi mijloacelor de producţie.

Cu toate acestea pe lângă beneficiile imense ale utilizării curentului electric la scară largă, există încă potenţiale pericole pentru utilizatorii industriali sau casnici ai acestuia.

De cele mai multe ori, accidentele[2] produse prin utilizarea necorespunzătoare a echipamentelor şi instalaţiilor electrice destinate uzului casnic sau industrial au consecinţe dezastruoase asupra sănătăţii şi vieţii utilizatorilor.

[1] A se vedea, http://ro.wikipedia.org/wiki/Istoria_electricit%C4%83%C8%9Bii.
[2] În accepţiunea comună, accidentul este un eveniment fortuit, imprevizibil, care întrerupe mersul normal al lucrurilor, provocând avarii, răniri, mutilări sau chiar moartea.

Pentru prevenirea şi reducerea riscurilor de producere a unor astfel de accidente de muncă[3], în care agentul vulnerat este curentul electric, există reglementări specifice adoptate la nivelul fiecărei ţări şi fiecărui sector de activitate[4].

2. Curentul electric şi acţiunea acestuia asupra corpului uman

2.1. Electrocutarea, modalităţi şi factori de producere

Acţiunea curentului electric asupra corpului uman poate fi prezentată şi explicată prin prisma a două fenomene, având cauze diferite: electrocutarea şi respectiv, fulgeraţia (trăznirea).

Este de remarcat faptul că în ambele cazuri, agentul vulnerant este curentul electric, energia electrică, provenite însă din surse diferite.

În primul caz al electrocutării se realizează parcurgerea corpului uman de către curentul electric casnic, tehnic sau industrial, în timp ce în al doilea caz, organismul uman este supus acţiunii electricităţii atmosferice naturale. Acţiunea curentului electric explicitată prin cele două fenomene ce implică agresiune artificială sau naturală asupra organismului viu, este definită în medicina legală ca fiind, electrotraumă. Electrotrauma artificială, cunoscută şi sub denumirea de electrocutare, reuneşte totalitatea modificărilor locale şi/sau generale ce apar în organismul uman viu, ca urmare a trecerii curentului electric[5], cu o intensitate mai mare decât cea care poate fi suportată, având ca urmare, moartea imediată sau tardivă ori leziuni specifice evidenţiate la persoanele supravieţuitoare.[6]

Electrotrauma naturală sau fulgeraţia determinată de energia electrică naturală are aproape întotdeauna efect mortal asupra organismului uman, datorită intensităţii foarte mari a curentului electric ce străbate organismul viu şi este calificată din punct de vedere judiciar, ca fiind *accident.*

Spre deosebire de electrotrauma artificială care poate fi prevenită prin respectarea unor reguli de protecţie şi securitate a muncii, fulgeraţia ca simplu fenomen natural nu poate fi prevăzută, anticipată şi nu constituie accident de muncă.

Aşadar, electrotrauma artificială sau naturală survine atunci când organismul este străbătut de un curent electric. Dar pentru ca deplasarea continuă a electronilor purtători de sarcină electrică, prin corp, să aibă loc, este obligatoriu ca persoana să aibă contact atât cu sursa de curent, dar şi cu un alt punct, care să asigure închiderea circuitului electric şi realizarea diferenţei de potenţial electric între elementele aflate în contact. Astfel este suficientă atingerea unei surse de curent şi realizarea contractului cu pământul pentru a se produce fenomenul de electrocutare a organismului.

---

[3] Conform art. 5 lit. g din Legea nr.319/2006 prin *accident de muncă* se înţelege, vătămarea violentă a organismului, precum şi intoxicaţia acută profesională, care au loc în timpul procesului de muncă sau în îndeplinirea îndatoririlor de serviciu, indiferent de natura juridică a contractului în baza căruia se desfăşoară activitatea, şi care provoacă incapacitate temporară de muncă de cel puţin 3 zile, invaliditate sau deces.

[4] În România, cadrul general pentru securitatea şi sănătatea în muncă este asigurat prin Legea nr.319/2006 modificată şi completată, în timp ce una din reglementările de bază referitoare la cerinţele minime de securitate şi sănătate pentru utilizarea în muncă de către lucrători a echipamentelor de muncă este HG nr.1146/2006. La aceste reglementări se adaugă cele speciale referitoare la proiectarea, execuţia, exploatarea şi distribuţia energiei electrice, elaborate de către SC ELECTRICA SA. A se vedea în acest sens, Standardul RE-ITI 228-2014 Protecţia Împotriva Electrocutării în Instalaţiile Electrice, elaborat de SC ELECTRICA SA şi executat de Societatea Inginerilor Energeticieni din Romania (SIER).

[5] Dicţionarul explicativ al limbii române defineşte *curentul electric* ca fiind o deplasare ordonată, într-o anumită direcţie, a purtătorilor de sarcină electrică. În funcţie de intensitatea şi de direcţia de deplasare a purtătorilor de sarcină electrică care pot varia sau nu, într-o perioadă de timp, curentul electric poate fi alternativ sau continuu.

[6] **Valentin Iftenie**, *Medicină legală din perspectivă juridică*, Editura Fundaţiei România de Mâine, Bucureşti, 2006, p.101.

În ceea ce priveşte, modul de producere a electrocutării, literatura de specialitate[7] este unanimă în a aprecia că există două posibilităţi: contact direct şi contact indirect.

În cazul contactului direct, sursa de curent vine în contact nemijlocit cu o zonă a corpului omenesc. Contactul poate fi unipolar cu o singură parte a corpului sau bipolar, respectiv multipolar, cu două sau mai multe zone corporale.

În situaţia contactului indirect, corpul vine în contact cu o sursă de curent prin interpunerea unui alt element (aer, apă, alte substanţe bune conducătoare de electricitate). O forma particulară de contact indirect este arcul voltaic care se realizează prin intermediul stratului de aer care separă sursa de electricitate de suprafaţa corpului sub forma unei scântei electrice. Aceasta varietate apare când sursa de curent este foarte puternică (curenţi de înaltă tensiune) şi când distanţa care separă sursa, de suprafaţa corpului este foarte mică.[8]

În cazul contactului direct unipolar cu sursa de curent electric, consecinţele asupra organismului uman pot fi mai puţin grave, decât în cazul contactului bi sau multipolar, când traseele de descărcare a energiei electrice prin corp pot afecta mai multe organe şi ţesuturi, formând un scurt-circuit.

În cazul contactului bipolar, curentul electric trece prin organism prin trei traiectorii principale: *superioară*, prin atingerea concomitentă a conductorului electric cu ambele mâini, *inferioară*, prin contact cu sursa de electricitate cu ambele picioare, - supero-inferioară, cu atingerea conductorului electric cu mâna şi ieşirea energiei electrice prin picior.

Practic, cele mai periculoase trasee ale curentului electric prin corpul omenesc în cazul electrotraumei artificiale sunt cele superioare, care pot interesa şi afecta în mod direct, inima şi creierul, provocând oprirea funcţionării acestor organe şi implicit, decesul victimei.[9]

Factorii care influenţează fenomenul de electrocutare şi determină gravitatea leziunilor vitale sau a celor compatibile cu viaţa sunt grupaţi în literatura de specialitate[10] în trei categorii:

- factori care ţin de proprietăţile curentului electric;
- factori care ţin de organismul victimei (biologici);
- factori care țin de circumstanţele de producere a electrocutării.

a) Curentul electric are anumiţi parametri a căror variaţie şi acţiune în timp asupra corpului uman, pot produce leziuni compatibile sau incompatibile cu viaţa.

Astfel, tensiunea curentului exprimată în volţi (V) permite împărţirea curenţilor electrici în trei categorii: cei de înaltă tensiune (peste 5000V), cei de medie tensiune (între 500 şi 5000 V) şi cei de joasă tensiune (până la 500V).

Statistic majoritatea electrocutărilor letale se produc la tensiuni ale curentului electric alternativ de 220 V sau 380 V, acestea fiind cele mai utilizate în reţeaua de alimentare cu energie electrică, casnică şi industrială, periculozitatea curentului alternativ fiind de până la de 3-4 ori mai mare decât cea a curentului continuu cu aceleaşi caracteristici tehnice.

Intensitatea curentului măsurată în amperi (A) reprezintă raportul dintre tensiunea curentului electric şi rezistenţă (rezistenţa corpului prin care se propagă curentul electric

---

[7] **Astărăstoaie V., C. Grigoriu, Scripcaru C**., *Ghid practic de medicină legală pentru juriști*, Editura Contact, București, 1993, **Vladimir Beliș** (sub redacția), *Tratat de medicină legală*, Editura Medicală, București, 1995, **Iuliu Fulga**, *Îndrumar de medicină legală pentru juriști,* Editura Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 2005.

[8] Sunt cunoscute în practică, cazuri de electrocutare prin arc voltaic, când victima s-a deplasat în apropierea surselor de înaltă tensiune (pe vagoanele pentru transportul pe calea ferată, intrând în contact indirect cu linia de înaltă tensiune pentru transportul feroviar). Fenomenul este generat de câmpul magnetic ce înconjoară cablurile electrice de înaltă tensiune, câmp magnetic care ionizează inclusiv aerul din jurul conductorilor de electricitate şi permite propagarea energiei electrice la mică distanţă de cablurile electrice.

[9] **Iuliu Fulga**, *op.cit.,* pp.103-104.

[10] **Dan Perju-Dumbrava**, Expertiza medico-legală în practica juridică, Editura Argonaut, Bucureşti, 1999, p.78.

exprimată în ohmi Ω). Din interpretarea formulei matematice se poate observa că intensitatea curentului este direct proporţională cu tensiunea şi invers proporţională cu rezistenta corpului parcurs de curentul electric.

Cu cât tensiunea este mai mare, cu atât cantitatea de electroni purtători de sarcină electrică, ce străbate organismul va fi mai mare. Deci, deşi curentul este cel care provoacă vătămarea, importantă fiind intensitatea acestuia[11], tensiunea este şi ea un factor relevant în măsurarea impactului pe care contactul cu o sursă de curent îl poate avea asupra organismului.

b) Rezistenţa generală a organismului uman care este străbătut de un curent electric şi rezistenţa locală a ţesuturilor sunt factori care influenţează fenomenul de electrocutare.

Cum apa şi în general orice lichid sunt bune conducătoare de electricitate, este evident că rezistenţa ţesuturilor şi a organelor interne intens irigate de sânge, bine vascularizate, va fi scăzută la acţiunea curentului electric. Cea mai mare rezistenţă la curentul electric o are pielea groasă bătătorită, uscată.

Studiile arată că, rezistenţa globală a corpului în condiţii normale este de peste 100.000 ohmi fiind dată în principal de rezistenţa pielii (dacă este uscată este de aproximativ 50.000 ohmi iar umedă de aproximativ 1.000 ohmi, ceea ce demonstrează periculozitatea curentului propagat printr-un mediu umed)[12].

c) Circumstanţele producerii fenomenului de electrocutare sunt factori care influenţează în mod direct gravitatea urmărilor produse corpului omenesc supus acţiunii agentului vulnerant.

Timpul de contact şi suprafaţa contactului cu conductorul electric sunt direct proporţionale cu gravitatea modificărilor funcţionale în organism[13].

Aşa cum arătam mai sus, numărul contactelor cu sursa de curent electric şi tipul lor este direct proporţional cu gravitatea şi numărul rănilor suferite de victimă.

De asemenea, localizarea contactelor cu conductorul electric şi traiectoria curentului prin organism pot face diferenţa între leziuni grave sau mai puţin grave, între viaţă şi moarte.

De cele mai multe ori, în cazul accidentelor mortale, curentul străpunge corpul omenesc în zona de contact cu conductorul electric, mână, picior, interesează organe vitale, plămân, inimă, creier şi părăseşte organismul, prin celălalt picior sau mână, acolo unde nu există protecţie suficientă prin material electroizolant, care să nu permită contactul cu pământul sau alte obiecte bune conducătoare de electricitate.

2.2.Efectele electrocutării

În majoritatea cazurilor curentul electric care străbate corpul victimei produce traume majore şi nu de puţine ori, leziunile sunt incompatibile cu viaţa.

Efectele electrocutării asupra corpului uman sunt devastatoare şi se manifestă în trei planuri: termic, mecanic şi biochimic.

Curentul electric prin acţiunea sa termică, manifestată pregnant la tensiuni mari, produce arsuri de gravitate variabilă (gradul II, III şi IV), precum şi cea mai caracteristică leziune din electrocutare, *marca electrică*[14].

---

[11] În practica medico-legală s-a constatat că un curent electric alternativ cu o intensitate cuprinsă între 20mA şi 150mA poate fi letal, iar curenţii cu o intensitate de peste 5-6A nu duc imediat la moarte, dar produc leziuni foarte grave în zona de contact. De altfel, aşa cum s-a menţionat în practică, un curent cu o tensiune mare arde, iar unul cu o intensitate crescută omoară. A se vedea în acest sens şi **Iuliu Fulga**, *op.cit.*, p.101, **Leonard Azamfirei**, *E bine să ştii!,* Editura „Viaţă şi sănătate", Bucureşti, 2003, p.208.

[12] **Dan Perju-Dumbrava**, *op.cit.*, p.78.

[13] **Iuliu Fulga**, *op.cit.*, p.104. Acţiunea curentului electric cu intensitate de 1000 V cu durata contactului între conductor şi piele de 0,02 s, produce modificări funcţionale nesemnificative, dar dacă durata de contact creşte până la 1 secundă, curentul cu aceeaşi intensitate declanşează moartea.

Practic la contactul corpului uman cu agentul vulnerant, se produce o transformare a energiei electrice în energie termică, absorbită în parte de piele şi ţesuturi. Cu cât este mai mare tensiunea curentului electric şi este străpunsă rezistenţa pielii, cu atât mai profunde sunt arsurile, apar necrozele, carbonizările pielii şi ale ţesuturilor.

Datorită efectului mecanic generat de transformarea energiei electrice în energie cinetică, la contactul agentului vulnerant cu corpul uman se produce penetrarea ţesuturilor, organelor şi formaţiunilor osoase aflate pe traiectul undei de propagarea a curentului electric. Leziunile produse au caracter distructiv şi pot consta în plăgi neregulate, anfractuoase, profunde, penetrante, rupturi musculare, viscerale, fracturi osoase, leziuni articulare, perforaţia craniului cu hernierea substanţei cerebrale.[15]

Efectele biochimice ale penetrării curentului electric prin corpul uman constau în fenomene de electroliză cu migrări ionice şi cu tulburări de permeabilitate celulară. Cele mai importante modificări prin efect biochimic sunt *edemul electrogen* şi *metalizarea zonelor de contact*.[16]

Moartea victimei supusă acţiunii agentului vulnerant, curentul electric, se poate produce imediat prin insuficienţă acută respiratorie sau prin insuficienţă cardiacă.[17]

Practic curenţii electrici puternici au efect inhibitor, iar cei slabi efect excitant. La nivelul musculaturii trecerea curentului electric prin corpul uman produce convulsii (prin îndepărtarea de sursa de curent electric, fiind posibilă salvarea) şi tetanizări (prin fixarea de sursa de curent electric şi neîndepărtarea victimei se produce decesul).

Decesul electrocutatului poate surveni şi ulterior, pe fondul apariţiei complicaţiilor cauzate de şocul electric şi de efectele acestuia asupra organismului uman. Se pot înregistra complicaţii ale arsurilor electrice (infecţii), insuficienţă renală, infarct miocardic.

În cazul în care electrocutarea nu a fost mortală, se pot înregistra complicaţiile medicale şi sechelele cum ar fi paralizii, epilepsie, tulburări de vedere şi/sau de vorbire (afazii), pancreatite.

După cum se poate observa consecinţele contactului direct sau indirect al victimei cu acest agent vulnerat, silenţios şi invizibil, deosebit de periculos reclamă o deosebită atenţie pe linia prevenirii şi protecţiei la astfel de accidente fie că sunt casnice şi/sau industriale.

3. Aspecte privind cercetarea la faţa locului a accidentelor de muncă produse prin electrocutare

3.1. Etapizarea cercetării la faţa locului în cazul accidentelor de muncă mortale produse prin electrocuţie

---

14 **Iftenie Valentin**, *op.cit*. p. 102. *Marca electrică* este o leziune specifică electrocutării, ce poate fi decelată atât la locul de intrare, cât şi/sau la locul de ieşire al curentului electric ce străbate organismul uman şi se poate prezenta sub mai multe aspecte: crateriformă sau rozetă.

15 **Iuliu Fulga**, *op.cit.*, p.104

16 **Dan Perju-Dumbrava**, *op.cit.*, p.79. *Edemul electrogen* constă într-o tumefiere palidă, dură, de întindere variabilă, localizată la locul de contact. *Metalizarea la locul de contact* se produce prin pătrunderea pe o zonă din suprafaţa pielii a unor mici particule metalice provenite din conductor. Morfologic, pielea metalizată este uscată, rugoasă, rigidă, de culoare brun-gălbuie sau negricioasă.

17 **Iftenie Valentin**, *op.cit.* p.101. Curentul electric produce moartea victimei prin insuficienţă acută respiratorie de tip central, prin inhibiţia centrilor nervoşi de la nivelul trunchiului cerebral (mai ales atunci când traseul curentului electric interesează capul) şi oprirea reflexă a respiraţiei. Insuficienţa acută respiratorie de tip periferic se produce prin tetanizarea muşchilor respiratori, mecanism ce prezintă simptomele unei asfixii mecanice, prin imposibilitatea efectuării mişcărilor respiratorii. În cazul în care moartea victimei electrocutate se produce prin insuficienţa cardiacă acută de tip central, apare inhibiţia centrilor nervoşi de la nivelul trunchiului cerebral cu stop cardiac consecutiv, în timp ce insuficienţa cardiacă de tip periferic în electrocuţii se manifestă prin fibrilaţie ventriculară.

În cazul tuturor accidentelor de muncă şi implicit a celor produse prin electrocuţie, unele din cele mai importante probleme care trebuie lămurite de către inspectorii ITM, criminalişti şi/sau medicul legist sunt următoarele: aflarea şi stabilirea exactă a cauzelor accidentului, determinarea împrejurărilor în care a avut loc accidentul, determinarea consecinţelor accidentului, stabilirea prevederilor legale care au fost încălcate.[18]

De cele mai multe ori, toate informaţiile necesare aflării adevărului în astfel de situaţii se regăsesc la faţa locului, la locul producerii evenimentului, astfel încât activitatea de cercetare la faţa locului şi de investigare a circumstanţelor de producere a evenimentului este deosebit de importantă, fiind realizată cu maximă urgenţă şi diligenţă, complet, detaliat, obiectiv şi planificat, de către personal specializat.[19]

Pentru a se îmbunătăţii activitatea specialiştilor şi pentru a se asigura o activitate unitară de cercetare la faţa locului, Ministerul Administraţiei şi Internelor a elaborat împreună cu Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, *Ordinul privind procedura cercetării la faţa locului nr.182/14.06.2009*. Anexa la acest act normativ o constituie *Manualul de bune practici privind procedura de cercetare la faţa locului, elaborat de Institutul de Criminalistică din cadrul IGPR*.

Practic o dată sosită la locul unui accident de muncă mortal produs prin electrocuţie, echipa de cercetare compusă din criminalist, inspector ITM, medic-legist, trebuie să opereze după anumite reguli impuse inclusiv de Ordinul privind CFL nr. 182/2009.

În situaţia în care, cercetarea propriu-zisă a fost precedată de acţiuni premergătoare, atunci pregătirea cercetării efective şi realizarea ei se va face cu respectarea următoarelor etape[20]:

1. Completarea măsurilor vizând scoaterea victimei de sub acţiunea curentului electric, înlăturarea pericolelor şi conservarea urmelor.

Această operaţiune trebuie efectuată astfel încât, personalul de salvare să nu fie pus în pericol de accidentare, mai ales dacă se lucrează în medii umede.

Scoaterea victimei de sub acţiunea curentului electric se va executa de către personal specializat (electricieni) după cum urmează[21]:

a) se va scoate imediat de sub tensiune instalaţia la care s-a produs accidentul, prin dispozitivele de întrerupere din imediata apropiere a accidentatului;

b) în lipsa unor dispozitive de întrerupere sau dacă acestea se află departe de locul accidentului, se vor pune în scurtcircuit părţile de instalaţie aflate sub tensiune sau conductoarele aflate sub tensiune.

Manevrele vor fi executate cu maximă promptitudine şi atenţie şi odată cu scoaterea victimei de sub sarcina electrică se vor demara imediat procedurile de resuscitare a acesteia, dacă prezintă semne vitale şi/sau şi-a pierdut cunoştinţa.

---

[18] **C. Suciu**, *Criminalistica,* Editura Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 1972, p.637-638; **C. Aioniţoaie**, *Curs de criminalistică*, vo1.III, *Metodica criminalistică*, partea a II-a, editat de Şcoala militară de ofiţeri a Min. de Interne, Bucureşti, 1977, p.63 şi urm.; **A. Ciopraga** şi **I. Iacobuţă**, *Criminalistica,* Editura Chemarea, Iaşi, 1997, p.323.

[19] **Gabriel Ion Olteanu, Constantin Ruiu,** *Tactică criminalistică,* Editura AI Laboratories, Bucureşti, 2009, pp.35-37

[20] **C. Suciu**, *op.cit.*, p.508-509; Organul care efectuează cercetarea la faţa locului verifică dacă s-au luat măsuri de salvare a vieţii victimelor, reţine pe cei care au făcut sesizarea, pe martori, delimitează locul faptei şi fixează sarcinile, invită martorii asistenţi, organizează prima ascultare etc.

[21] Manevrele cauzate de accidentul de muncă sunt manevrele realizate de către persoane autorizate (electricieni) în scopul scoaterii victimei de sub acţiunea curentului electric. A se vedea în acest sens, art.23 şi urm din *Regulamentul de manevre în instalaţiile electrice de medie şi înaltă tensiune - NTE 009/10/00,* elaborat de CN. TRANSELECTRICA SA.

În absenţa semnelor vitale şi a declarării decesului de către medicul-legist, se vor lua măsuri de înlăturare a oricăror alte pericole, iar după delimitarea ariei de cercetare, se va permite pătrunderea la faţa locului şi a celorlalţi membrii ai echipei de cercetare.

2. Conservarea urmelor de la locul accidentului şi examinarea rapidă a locului evenimentului

3. *Îndepărtarea tuturor persoanelor inutile şi reţinerea celor care au făcut sesizarea, a martorilor, a persoanelor suspecte, precum şi a tuturor celor care pot fi selecţionaţi în calitate de martori asistenţi.*

4. *Stabilirea precisă a sarcinilor ce revin fiecărui membru al echipei şi indicarea ordinii în care vor fi îndeplinite activităţile de cercetare.*

5. *Obţinerea unor prime informaţii referitoare la circumstanţele accidentului, inclusiv cu privire la identitatea celor aflaţi la faţa locului la acel moment, indiferent de calitatea lor.*

În toate situaţiile, echipa de cercetare va urmări cu stricteţe următoarele aspecte, în funcţie de care se va realiza activitatea propriu-zisă de investigare a locului accidentului:[22]

a. Stabilirea poziţiei, stării iniţiale a instalaţiilor, maşinilor şi utilajelor, specificându-se dacă erau sau nu în funcţiune înainte de accident, dacă erau manevrate de personalul muncitor autorizat, dacă au fost observate anomalii în funcţionare, etc.

b. Cercetarea atentă a urmelor, în acest scop urmând a se derula activităţile necesare descoperirii, fixării şi ridicării tuturor categoriilor de urme, de mijloace materiale de probă care pot servi la clarificarea împrejurărilor producerii evenimentului.

c. Examinarea minuţioasă a victimei, dar numai în ipoteza în care nu a fost transportată de la locul accidentului, în vederea stabilirii cauzei morţii, a raportului de poziţie faţă de maşinile, instalaţiile sau utilajele antrenate în accident.

d. Verificarea şi ridicarea documentelor (registre, jurnale), a înregistrărilor, diagramelor etc., care pot conţine date privitoare la desfăşurarea procesului tehnologic, la starea instalaţiilor, la luarea măsurilor corespunzătoare de protecţie a muncii, la respectarea acestora, la efectuarea de revizii etc.

e. Clarificarea eventualelor împrejurări negative în starea de fapt a locului accidentului, împrejurare de natură să ofere indicii privind încercarea de disimulare a naturii evenimentului produs.

f. Cunoaşterea specificului şi particularităţilor locului evenimentului, interesând atât procesul de producţie propriu-zis, cât şi modul de supraveghere, legăturile cu alte compartimente de activitate pe linia fluxului tehnologic al aprovizionării, întreţinerii şi reparaţiilor.

g. Iniţierea primelor măsuri tehnice şi organizatorice de prevenire a altor evenimente, ori de extindere a celor în curs de cercetare, la compartimente învecinate, măsuri care trebuie aplicate de îndată, organele judiciare având obligaţia să supravegheze modul de punere a lor în aplicare.

h. Ascultarea martorilor oculari, a victimelor (numai dacă acest lucru este efectiv posibil), a responsabililor procesului de producţie, a oricărei persoane care poate oferi date privitoare la evenimentul produs

3.2. Reguli specifice de examinare a victimei în cazul accidentelor de muncă mortale produse prin electrocuţie

Examinarea victimei unui accident de muncă mortal produs prin electrocuţie se realizează de cele mai multe ori, atât la faţa locului, cât şi cu ocazia efectuării necropsiei, în echipă mixtă, compusă din criminalist şi medic legist.

[22] **Emilian Stancu,** *Tratat de criminalistică,* Ediţia a V-a revăzută şi adăugită, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p.658-659.

În astfel de situaţii devin relevante şi incidente dispoziţiile cuprinse în *Manualul de bune practici privind procedura de cercetare la faţa locului, elaborat de Institutul de Criminalistică din cadrul IGPR.*[23]

Conform instrucţiunilor precitate, imediat după îndepărtarea de către un electrician a sursei de curent şi/sau deconectarea acesteia se poate trece la examinarea cadavrului de către criminalist şi medicul legist.

Evident vor fi respectate toate etapele de cercetare la faţa locului, cu fixarea prin fotografiere şi videofilmare a acestuia, parcurgându-se cele două faze: cea statică şi cea dinamică, căutându-se, relevându-se, fixându-se şi ridicându-se/colectându-se toate categoriile de probe şi mijloace materiale de probă.

Astfel, se va confirma de către medicul legist moartea victimei pe baza semnelor morţii, semitardive, tardive şi conservatoare, se va individualiza cadavrul prin atribuirea unei litere sau a unei cifre, se va fotografia cadavrul efectuându-se fotografii de orientare, schiţă, de detaliu, din lateral, ale bustului, de detaliu a feţei, ale profilelor, ale poziţiei mâinilor şi picioarelor, ale poziţiei şi stării obiectelor de îmbrăcăminte/încălţăminte, bijuterii personale/ceas, ale aspectelor care au sau pot avea legătură cu cauza morţii sau care oferă indicii (obiecte ţinute în mână sau cu care era echipată victima – de exemplu, echipament individual de protecţie şi scule utilizate la intervenţia la o instalaţie electrică). Dacă victima a fost mişcată, ca urmare a încercărilor de resuscitare sau de scoatere de sub tensiune, se va reconstitui poziţia acesteia şi se va fixa prin fotografiere, surprinzându-se inclusiv, amplasamentul persoanei decedate faţă de sursa de energie electrică, maşina, utilajul cu care a intrat în contact, precum şi detaliile cu privire la starea acestor obiecte.

Se va fixa prin fotografiere inclusiv modalitatea de acţionare şi poziţia comutatoarelor maşinilor, utilajelor, instalaţiilor la care lucra victima în momentul accidentului.

După efectuarea schiţei poziţiei cadavrului se va trece la descrierea şi examinarea minuţioasă a acestuia, de către criminalist şi medicul legist, notându-se detaliat în procesul-verbal de cercetare la faţa locului, obiectele de îmbrăcăminte ale victimei şi starea acestora, echipamentul individual de protecţie utilizat şi starea acestuia, corespondenţa dintre leziunile produse pe corpul victimei şi urmele identificate pe obiectele de îmbrăcăminte sau echipamentele utilizate de victimă în procesul de muncă. O atenţie specială va fi acordată descrierii cadavrului ce se va efectua şi fixa, inclusiv prin fotografiere şi videofilmare. Se vor analiza în ordine, întâi, capul victimei, trunchiul acesteia, mâinile şi la final, picioarele.

După ce se colectează toate probele/mijloacele materiale de probă care sunt prezente pe cadavru sau care pot cădea în urma manipulării acestuia sau transportului la SML, se examinează părţile vizibile ale corpului şi criminalistul va încerca să explice şi să interpreteze cursul evenimentului pe baza observaţiilor făcute, ajutat fiind de medicul legist.

De reţinut că, de regulă, examinarea părţilor acoperite de haine se va face cu ocazia necropsiei, după transportarea cadavrului la Serviciul Judeţean de Medicină Legală (SML), unde în aceeaşi echipă formată din criminalist şi medic legist va efectua necropsia cadavrului, fiind evidenţiate, relevate, fixate şi ridicate, toate urmele electrocutării (marca electrică, metalizarea, edemul electrogen, arsurile electrice).

Cu această ocazie se va stabili, dacă electrocutarea s-a produs accidental, ca urmare a voinţei de suicid sau mai rar dacă a fost o intenţie criminală.

[23] Dispoziţiile privind cercetarea la faţa locului în cazurile în care este prezent un cadavru şi regulile de cercetare la faţa locului în cazul morţii prin electrocutare se regăsesc înscrise la Cap.3, secţiunile 3.1., 3.2. şi 3.5. din *Manualul de bune practici privind procedura de cercetare la faţa locului, elaborat de Institutul de Criminalistică din cadrul IGPR,* anexă la *Ordinul privind procedura cercetării la faţa locului nr.182/14.06.2009* elaborat de MAI şi Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie.

4. Concluzii

Impactul fizic, emoţional, psihologic şi chiar sociologic al accidentelor de muncă produse prin electrocutare este major atât pentru victimă, când aceasta supravieţuieşte, dar şi pentru familie, cercul de prieteni, cunoscuţi, angajator şi în general, pentru societate.

În România, la nivelul anului 2013, potrivit unui raport al Inspecţiei Muncii numărul accidentelor mortale era de 199 de persoane, considerabil mai mic faţă de 2012, când s-au înregistrat 314 decese, însă numărul celor care au murit electrocutaţi se menţine relativ constant, cu variaţii determinate de creşterea sau scăderea anuală a accidentelor industriale. Recrudescenţa fenomenului poate fi explicată şi prin creşterea numărului de accidente produse în cazul săvârşirii unor infracţiuni, precum furtul de energie electrică, furtul şi distrugerea elementelor de semnalizare şi a cablurilor electrice în transportul feroviar, etc.

Poliţiştii în uniformă, criminaliştii şi medici legişti implicaţi în studierea acestor evenimente au oferit şi continuă să ofere informaţii preţioase referitoare la cauzalitatea şi determinismul accidentelor produse prin electrocutare, stabilind cu certitudine prin descoperirea împrejurărilor negative, intenţii criminale sau de suicid, conturate iniţial, ca fiind accidente casnice sau de muncă.

Din păcate, în România numărul mic al laboratoarelor specializate care pot face analize ale ţesuturilor umane electrizate, ale mărcilor de intrare şi ieşire produse de curentul electric pe corpul victimelor, care studiază şi oferă indicaţii şi efectuează inclusiv expertize, cu privire la urmele produse de electrocutare, asociat şi cu durata mare de procesare a datelor de minim 30-40 de zile, influenţează desfăşurarea rapidă a investigaţiilor, în care există suspiciuni ale unor intenţii criminale sau ale unui suicid, disimulat sub forma unui accident produs prin electrocuţie.

În aceste condiţii, revine criminalistului român şi medicului legist sarcina cea mai grea, de a de a oferi concluzii de certă valoare, pe baza probelor relevate şi ridicate de la faţa locului, care să explice realitatea faptelor produse şi nu de puţine ori, rezultatele descoperite sunt ulterior confirmate de experţii din laboratoarele de specialitate.

5. Bibliografie selectivă

Tratate, Cursuri, Monografii

Aioniţoaie C., Curs de criminalistică, vo1.III, Metodica criminalistică, partea a II-a, editat de Şcoala militară de ofiţeri a Min.de Interne, Bucureşti, 1977.

Astărăstoaie V., C. Grigoriu, **Scripcaru C**., Ghid practic de medicină legală pentru jurişti, Editura Contact, Bucureşti, 1993.

Azamfirei Leonard, E bine să ştii!, Editura „Viaţă şi sănătate", Bucureşti, 2003.

Beliş Vladimir (sub redacţia), Tratat de medicină legală, Editura Medicală, Bucureşti, 1995.

Ciopraga A. şi **Iacobuţă I.**, Criminalistica, Editura Chemarea, Iaşi, 1997.

Fulga Iuliu, Îndrumar de medicină legală pentru jurişti, Editura Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 2005.

Olteanu Ion Gabriel, Ruiu Constantin, Tactică criminalistică, Editura AI Laboratories, Bucureşti, 2009.

Perju-Dumbrava Dan, Expertiza medico-legală în practica juridică, Editura Argonaut, Bucureşti, 1999.

Stancu Emilian, Tratat de criminalistică, Ediţia a V-a revăzută şi adăugită, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2010.

Suciu C., Criminalistica, Editura Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 1972.

Valentin Iftenie, Medicină legală din perspectivă juridică, Editura Fundaţiei România de Mâine, Bucureşti, 2006.

Legislaţie

Legea nr.319/2006 a securităţii şi sănătăţii în muncă.

HG nr.1146 din 2006 privind cerinţele minime de securitate şi sănătate pentru utilizarea în muncă de către lucrători a echipamentelor de muncă.

Manualul de bune practici privind procedura de cercetare la faţa locului, elaborat de Institutul de Criminalistică din cadrul IGPR, anexă la Ordinul privind procedura cercetării la faţa locului nr.182/14.06.2009 elaborat de MAI şi Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie.

Resurse internet

www.vikipedia.org, http://www.itmdambovita.ro/

THE POSITION OF THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS' PROVISIONS IN THE ROMANIAN JUDICIAL SYSTEM

Ramona Mihaela Coman, Assist, PhD Student, "Petru Maior"

University of Tîrgu Mureș

Abstract: According to the Constitution of Romania, those international treaties and pacts, to which Romania participates, have priority toward the national laws. With the ratification of the Convention in 1994, Romania assumed the obligation of compliance with all the fundamental human rights and liberties, apart from the Convention, all of these having direct applicability. Its conventions and protocols cannot be correctly interpreted and applied but only by reference to the Court`s jurisprudence. Thereby, a conventional block is taking shape. The amendments brought by the New Criminal Code and the New Criminal Procedure Code reflect the influence of the Convention and ECHR jurisprudence on the national regulations.

Keywords: Convention of Human Rights, international treaties, ECHR jurisprudence, New Criminal Code.

Conform articolului 11 din Constituţia României, statul român se obligă să îndeplinească întocmai şi cu bună-credinţă obligaţiile ce îi revin din tratatele la care este parte. Tratatele ratificate de Parlament, potrivit legii, fac parte din dreptul intern, respectarea acestora stând la baza încrederii între state. Noţiunea de tratat trebuie înţeleasă în sens larg, adică fac parte din această categorie şi convenţiile, acordurile, actele finale, statutele[1].

In perioada 1944-1989, deşi cadrul normativ intern nu era întotdeauna în acord cu standardele internaţionale, România a ratificat majoritatea tratatelor, convenţiilor şi acordurilor internaţionale din domeniul drepturilor omului, printre care am aminti: Declaraţia Universală a Drepturilor Omului[2], Convenţia asupra eliminării tuturor formelor de discriminare faţă de femei[3], Convenţia internaţională privind eliminarea tuturor formelor de discriminare rasială[4], Pactul Internaţional cu privire la drepturile civile şi politice[5], Pactul

[1] A se vedea Vasile Gionea, Nicolae Pavel- *Curs de drept constituţional*, Ed. Holding Reporter, Bucureşti, 1998, pag. 147

[2] Adoptată prin Rezoluţia nr. 217 A (III) din data de 10 decembrie 1948 a Adunării Generale a Organizaţiei Naţiunilor Unite, semnată de România la data de 14 decembrie 1955, când, prin Rezoluţia nr. 955 (X) a Adunării generale a Organizaţiei Naţiunilor Unite, a fost admisă în rândurile statelor membre;

[3] Adoptată şi deschisă spre semnare de Adunarea generală a Naţiunilor Unite prin Rezoluţia 34/180 din data de 18 decembrie 1979, intrată în vigoare la data de 3 septembrie 1981, conform dispoziţiilor art. 27(1), România a ratificat Convenţia la 26 noiembrie 1981 prin Decretul nr. 342, publicat în „Buletinul Oficial al României", partea I, nr. 94 din 28 noiembrie 1981;

[4] Adoptată şi deschisă spre semnare de Adunarea generală a Naţiunilor Unite prin Rezoluţia 2106 (XX) din data de 21 decembrie 1965, intrată în vigoare la data de 4 ianuarie 1969, conform dispoziţiilor art. 19. România a aderat la Convenţie la data de 14 iulie 1970 prin Decretul nr. 345, publicat în „Buletinul Oficial al României", Partea I, nr. 92 din data de 28 iulie 1970;

[5] Adoptat şi deschis spre semnare de Adunarea generală a Naţiunilor Unite la data de 16 decembrie 1966, intrat în vigoare la data de 23 martie 1976, cf. art. 49, pentru toate dispoziţiile cu excepţia celor de la art. 41, care au intrat în vigoare la data de 28 martie 1966, pe care România la ratificat prin Decretul nr. 212 din data de 31 octombrie 1974, publicat în „Buletinul Oficial al României", Partea I, nr. 146 din data de 20 noiembrie 1974;

Internaţional cu privire la drepturile economice, sociale şi culturale[6], Convenţia pentru reprimarea traficului cu fiinţe umane şi a exploatării prostituţiei semenilor[7], Convenţia UNESCO privind lupta împotriva discriminării în domeniul învăţământului[8], etc.

Legislaţia din aceea perioadă pe de o parte a consacrat unele principii unanim admise în materia drepturilor omului, principii precum pedepsirea sclaviei, supunerea la muncă forţată, violarea de domiciliu, violarea secretului corespondenţei. Pe de altă parte însă, chiar în legea fundamentală din aceea perioadă (Constituţia României din 1948, din 1952, din 1965) existau unele abateri evidente de la principiile democratice, ca de exemplu eliminarea sistemului pluripartid, atingeri ale dreptului de proprietate. Totodată, în practică prezumţia de nevinovaţie era practic anihilată de un sistem procedural care tăgăduia dreptul la apărare în faza de urmărire penală, inviolabilitatea domiciliului şi secretul corespondenţei erau grav afectate de imixtiunile, uneori arbitrare, din partea autoritatilor. Libertatea cuvântului, a presei şi a educaţiei erau subordonate concepţiei marxiste despre societate, promovarea oricărei alte idei sau a unor concepţii diferite de cea oficială constituind fapte penale. [9]

Astfel, În Constituţia din 1948 de exemplu, au existat reglementări care permiteau înfiinţarea unor instanţe speciale dând astfel posibilitatea manifestării unor abuzuri[10]. Constituţia din 1952 admitea o singură doctrină filozofică şi politică, cea marxist-leninistă, astfel libertatea conştiinţei, a cuvântului, a presei fiind doar formală[11].

Dupa Revoluţia din 1989 au fost aduse modificări întregii legislaţii a României, modificări care au întărit garantarea drepturilor fundamentale ale omului. Astfel de exemplu, în domeniul procesual penal, prin Legea nr. 32 din 1990 s-au modificat unele prevederi ale Codului de procedură penală, garantându-se dreptul la apărare pe întreaga procedură judiciară, verificarea de către instanţă a legalităţii arestului preventiv, stabilirea unei perioade mai scurte de arestare preventivă, posibilitatea de eliberare pe cauţiune.

În 1994, prin Legea nr. 30[12] a fost ratificată Convenţia Europeană a Drepturilor Omului, considerată cel mai vechi si puternic instrument juridic de protecţie a drepturilor şi libertăţilor fundamentale ale omului, la nivel European. Prin aceasta România s-a angajat să recunoască şi să garanteze drepturile politice şi civile caracteristice oricărei societăţi democatice.

Constituţia României din 1991, republicată în anul 2003, garantează drepturile omului, aşa cum au fost consacrate prin instrumentele juridice de drept internaţional public, deci inclusiv prin Convenţia Europeană a Drepturilor Omului. Constituţia, la art 11 prevede obligaţia Statului român să îndeplinească întocmai şi cu bună-credinţă obligaţiile ce-i revin

[6] Adoptat şi deschis spre semnare prin Rezoluţia 2200 A (XXI) a Adunării generale a Naţiunilor Unite la data de 16 decembrie 1966, intrat în vigoare la data de 3 ianuarie 1976, cf. dispoziţiilor art. 27, pe care România l-a ratificat prin Decretul nr. 212 din data de 31 octombrie 1974, publicat în „Buletinul Oficial al României“, Partea I, nr. 146 din data de 20 noiembrie 1974;

[7] Aprobată de Adunarea generală a Naţiunilor Unite prin Rezoluţia 317 (IV) din data de 2 decembrie 1949, intrată în vigoare la data de 25 iulie 1951, conform dispoziţiilor art. 24, la care România a aderat la data de 10 decembrie 1954 prin Decretul nr. 482, publicat în „Buletinul Oficial al României“, Partea I, nr. 46 din data de 10 decembrie 1954;

[8] Adoptată de Conferinţa generală a Organizaţiei Naţiunilor Unite pentru educaţie, ştiinţă şi cultură, la data de 14 decembrie 1960, Intrată în vigoare la data de 22 mai 1962, conform dispoziţiilor art. 14, pe care România a ratificat-o prin Decretul nr. 149 din data de 20 aprilie 1964, publicat în Buletinul Oficial al României, Partea I, nr. 5 din data de 20 aprilie 1964;

[9] A se vedea Ovidiu Predescu – *Convenţia Europeană a Drepturilor Omului si Dreptul penal român*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti 2006, pagina 55.

[10] A se vedea Maria Nastase Georgescu, Simona Th. Livia Mihailescu- *Drept constitutional si instituţi politice*, Ed. Universul Juridic, Bucuresti 2011, pag. 80

[11] Ibidem, pag. 81

[12] Publicată în M.Of. nr. 135/31 mai. 1994

din tratatele la care este parte, tratate care, odată ratificate de Parlament, potrivit legii, fac parte din dreptul intern.

De asemenea, la art. 20 stabileşte că dispoziţiile constituţionale privind drepturile şi libertăţile cetăţenilor vor fi interpretate şi aplicate în concordanţă cu Declaraţia Universală a Drepturilor Omului, cu pactele şi cu celelalte tratate la care România este parte.

Constituţia acordă prioritate normelor internaţionale în materia drepturilor omului, cu excepţia situaţiei în care legislaţia internă conţine dispoziţii mai favorabile. Mai mult chiar, prevede principiul priorităţii tratatelor şi celorlalte reglementări comunitare faţă de reglementările contrare din legile interne.

Conform art. 20 alin.(2) din Constituţie, dacă există neconcordanţe între pactele şi tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, şi legile interne, au prioritate reglementările internaţionale, cu excepţia cazului în care Constituţia sau legile interne conţin dispoziţii mai favorabile.

Prioritatea reglementărilor internaţionale faţă de legile interne este consacrată şi de art. 55 din Constituţia Franţei, de art. 93,96 din Constituţia Spaniei. [13]

Articolul 20 din Constituția României a ridicat însă unele probleme referitoare la locul pe care tratatele internaţionale care reglementează drepturile omului îl au, raportat la Constituţie. Au acestea putere supralegislativă doar, sau chiar supraconstituţională?

Pe de o parte, există opinii[14] conform cărora Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene precum şi celelalte norme europene ce garantează drepturile fundamentale se aplică prioritar în ordinea juridică naţională, inclusiv în raport cu normele constituţionale. Pe de altă parte, unii autori susţin că dispoziţiile tratatelor internaţionale nu pot să se situeze, sub aspectul forţei lor juridice, deasupra dispoziţiilor Constituţiei[15].

În interpretarea art. 20 al.2 din Constituţie, s-a arătat în doctrină[16] că dacă acelaşi drept fundamental este reglementat atat printr-un tratat internaţional, cât şi prin Constituţie, se aplică principiul de drept al privilegierii normei mai favorabile. Dacă aceasta este norma internaţională, evident că putem vorbi de forţa supraconstituţională a tratatului.

Prioritatea faţă de Constituţie a prevederilor internaţionale este reglementată expres de Constituţia Portugaliei, care la art. 16 (1) prevede că drepturile fundamentale consacrate de Constituţie nu exclud niciun drept provenind din legi şi reguli de drept internaţional aplicabile. Alte Constituţii, precum cea a Franţei sau Spaniei, prevăd obligativitatea revizuirii Constituţiei înainte de ratificarea tratatului[17].

Această din urmă soluţie a fost adoptată şi de legiuitorul constituant român, care a prevăzut la art. 11 din Constituţia republicată că ,,în cazul în care un tratat la care România urmează să devină parte cuprinde dispoziţii contrare Constituţiei, ratificarea acestuia poate avea loc doar după revizuirea Constituţiei, în vederea eliminării contradicţiilor.[18] Astfel, va interveni o amânare a ratificării Convenţiei, până la revizuirea Constituţiei. De aici putem desprinde ideea că tratatele internaţionale, deci şi Convenţia Europeană a Drepturilor Omului,

[13] A se vedea A se vedea Vasile Gionea, Nicolae Pavel- *op.cit*., pag. 148

[14] A se vedea Oana Mihaela Salomia- "*Unele consideraţii în legătură cu respectarea cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene de către instnțele naționale*", în Revista Dreptul nr.9/2013, pagina 209

[15] A se vedea I. Muraru- "*La Consecration par la Costitution de la Roumanie de la primaute des reglementations internationales, par rapport aux reglementations internes, dans le domain des droits de l`homme*", citat de Oana Mihaela Samoila- *op.cit*., pag. 209, nota de subsol. ; Vasile Gionea, Nicolae Pavel- *op.cit*., pag. 149

[16] A se vedea Titus Corlățeanu- Protectia europeana si internationala a drepturilor omului, Ed. Universul Juridic, Bucure;ti, 2012, pag. 186

[17] A se vedea Vasile Gionea, Nicolae Pavel- *op.cit*., pag. 149

[18] A se vedea Daniela Valea- *Drept constituțional și instituții politice, În dreptul român și în dreptul comparat*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, pag. 10

au putere supralegislativă, iar în privinţa normelor constituţionale, pot determina modificarea acestora (revizuirea), fără însă a putea fi aplicate atata timp cât sunt în contradicţie cu acestea.

Verificarea constituţionalităţii Tratatelor se face conform art. 146 lit. b 147 al. 4 din Constituţia României revizuită, fiind un control a priori, abstract, preventiv[19]. În cazul în care în urma controlului se constată de către Curtea Constituţională neconstituţionalitatea unui tratat , va avea loc fie o procedură de revizuire a Constituţiei, fie se va încerca renegocierea tratatului. Dar, controlul anterior prevăzut de art. 146 lit. b din Constituţie nu este obligatoriu, astfel, cel puţin teoretic se pot ivi situaţii în care un tratat este ratificat, intră în dreptul intern, şi ulterior se ridică problema neconstituţionalităţii. În acest caz, poate avea loc un control posterior de constituţionalitate, pe cale unei excepţii de neconstituţionalitate, cu menţiunea că actul supus controlului este legea de ratificare[20].

Dar, în contextul discuţiilor purtate despre locul Convenţiei în sistemul juridic român, trebuie să ne oprim şi asupra rolului jurisprudenţei CEDO în acest sistem. Aceasta deoarece Convenţia şi protocoalele sale nu pot fi corect interpretate şi aplicate decat prin raportare la jurisprudenţa Curţii. Se formează în acest fel un bloc de convenţionalitate. În literatura de specialitate s-a arătat că “, impresionanta jurisprudenţă completează substanţa Convenţiei şi îi dă acesteia formă şi viaţă depăşind instrumentul însuşi”[21].

În doctrina română[22] s-a afirmat că “jurisprudenţa Curţii Europene este direct aplicabilă în sistemul român de drept, are forţă constituţională şi supralegislativă. ”

Astfel, Hotărârile CEDO generează obligativitatea unei conduite a statelor nu doar între părţile din proces ci şi în raporturile cu terţii inclusiv pe calea precedentului (autoritate de lucru interpretat). In acest sens sunt şi numeroase soluţii ale Curţii Constituţionale care confirmă obligativitatea jurisprudenţei CEDO [23].

Curtea Constituţională a României, începând cu 1997 şi-a fundamentat numeroase soluţii pe dispoziţiile Convenţiei şi cauzistica Curţii. Unul dintre aspectele negative semnalate de Curtea europeană în speţa Vasilescu[24] (incompatibilitatea art. 278 CPP, care prevedea doar posibilitatea formulării plângerii împotriva actelor procurorului la prim-procurorul parchetului, nu şi la instanţa de judecată, cu normele europene) a fost rezolvat de Curtea Constituţională prin interpretarea constituţională a normei citate, care coincide cu poziţia jurisdicţiei europene [25]. Astfel, Curtea Constituţională a stabilit că: “persoana nemulţumită de soluţia dată plângerii sale în cadrul Ministerului Public are dreptul, potrivit art. 21 din Constituţie, de a se adresa justiţiei, pentru apărarea drepturilor, a libertăţilor şi a intereselor sale legitime, iar dispoziţia alin. (2) al aceluiaşi articol din legea fundamentală precizează că: “*Nici o lege nu poate îngrădi exercitarea acestui drept*”. Aşa fiind, dispoziţiile art. 278 din Codul de procedură penală sunt neconstituţionale în măsura în care închid calea persoanei, nemulţumite de soluţia dată plângerii sale de către Ministerul Public, de a se adresa justiţiei.”

Ulterior, prin Legea nr. 281 din 2003 a fost introdus art. 278/1 în Codul de Procedură penală, prin care se prevedea posibilitatea formulării plângerii la instanţă împotriva rezoluţiilor şi ordonanţelor procurorului.

---

[19] Pentru mai multe detalii referitor la controlul de constituţionalitate al tratatelor, a se vedea Daniela Valea- *Sistemul de control al constituţionalităţii din România,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti 2010, pag. 281-290

[20] A se vedea Daniela Valea, *Sistemul de control..., op.cit.*, pag. 290.

[21] A se vedea Donna Gommien, *Introducere in Conventia europeana a Drepturilor Omului*, ed. All, 1993, pag. 172

[22] A se vedea Corneliu Barsan- Convenţia europeană a drepturilor omului, Ed. CH Beck, 2006, p 103

[23] A se vedea Corneliu Liviu Popescu- *Protecţia internaţională a drepturilor omului- surse, instituţii, proceduri*, Ed. All Beck Bucuresti 2000, p.270.

[24] Cauza 53/1997/837/1043 , h o t ă r â r e a 1 din 22 mai 1998.

[25] Decizia Curţii Constituţionale nr 486/ 2 decembrie 1997, MOF 105 din 6 martie 1998.

Un alt exemplu elocvent care relevă efectul deciziilor Curţii de la Strasbourg asupra legislaţiei naţionale este cazul Dalban contra României[26]. În procedura de punere în executare a hotărârii CEDO, România a luat mai multe măsuri: Un prim pas: adoptarea OG nr. 58 din 2002 care a redus pedeapsa pentru calomnie, abrogarea pedepsei cu detenţie pentru calomnie prin legea 160 din 2005, dezincriminearea în 2006 a insultei şi calomniei prin Legea nr. 278 din 2006.

Jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului a avut însă o contribuţie însemnată şi la modificările recente ale Codului penal şi ale Codului de Procedură penală, introducându-se noi instituţii sau modificând altele.

Conform Expunerii de motive ale Proiectului Codului de procedură penală, în forma sa iniţială[27] prin introducerea în Codul de Procedură penală a instituţiei Camerei preliminare s-a urmărit să se răspundă exigenţelor de legalitate, celeritate şi echitate a procesului penal, având ca scop crearea unui cadru legislativ modern, care să înlăture durata excesivă a procedurilor în faza de judecată. Având în vedere numeroasele condamnări ale României la Curtea Europeană a Drepturilor Omului pentru durata excesivă a procesului, s-a considerat că prin limitarea în timp a examinării rechizitoriului şi a probelor administrate în cursul urmăririi penale, se pot elimina deficienţele care au condus la condamnarea României în faţa Curţii de la Strasbourg[28].

În privinţa modificării Codului penal, am aminti în primul rând eliminarea circumstanţelor agravante judiciare. Ţinând seama de modul imprecis al reglementării şi de efectul asupra răspunderii penale, textul se situa la limita principiului previzibilităţii legii, lăsând posibilitatea agravării răspunderii penale a unei persoane, căreia i se reproşa adoptarea unei conduite periculoase, în condiţiile în care fapta ce atrage acest efect nu era descrisă de lege cu claritate pentru se putea înţelege fără echivoc în ce constă împrejurarea care imprimă faptei un caracter mai grav. Modul în care aceste circumstanţe funcţionau în practica judiciară oferea adeseori exemple tipice de analogie în defavoarea inculpatului, procedeu prohibit în dreptul penal şi sancţionat de jurisprudenţa CEDO pe terenul art. 7 din Convenţie. Sub aspectul conţinutului circumstanţelor agravante s-a procedat la o reevaluare a împrejurărilor care au aptitudinea de a evidenţia un grad de pericol ridicat astfel încât să justifice reţinerea acestora ca circumstanţe legale.

În concluzie, Convenţia Europeană a drepturilor omului, împreună cu protocoalele adiţionale şi jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor omului, au un rol important în sistemul juridic român, acţionând pe două fronturi: în primul rând, fiind direct aplicabile în sistemul nostru de drept, numeroasele decizii ale instanţelor naţionale dar şi deciziile Curţii Constituţionale se bazează pe prevederile CEDO. Pe de altă parte, acestea au influenţat în mare măsură modificările legislative care au avut loc de la ratificarea Convenţiei şi până azi, una din cele mai semnificative influenţe având-o asupra Codului penal şi Codului de procedură penală intrate în vigoare la 1 februarie 2014. Dacă caracterul supralegislativ al Convenţiei este în unanimitate acceptat de doctrină, caracterul supraconstituţional rămâne în continuare o problemă deschisă. Totuşi, putem afirma că Convenţia şi jurisprudenţa CEDO au cel putin caracter constituţional, din moment ce cu ocazia verificării constituţionalităţii legilor şi ordonanţelor, Curtea Constituţională îşi motivează decizia de admitere a excepţiei şi în situaţia în care constată încălcări ale unor prevederi ale Convenţiei europene, şi nu în mod direct ale Constituţiei.

[26] Hotărârea din 28 septembrie 1999.
[27] http://www.cdep.ro/proiecte/2009/400/10/2/em412.pdf
[28] A se vedea în acest sens Hotarârea CEDO din 14 aprilie 2009 în cauza Didu împotriva României, Hotărârea CEDO din 30 septembrie 2008 in cauza Drăgănescu împotriva României.

Bibliografie:

Corneliu Barsan- Convenţia europeană a drepturilor omului, Ed. CH Beck, 2006

Titus Corlăţeanu- Protectia europeana si internationala a drepturilor omului, Ed. Universul Juridic, Bucuresti, 2012

Maria Nastase Georgescu, Simona Th. Livia Mihailescu- *Drept constitutional si instituţi politice*, Ed. Universul Juridic, Bucuresti 2011

Vasile Gionea, Nicolae Pavel- *Curs de drept constituţional*, Ed. Holding Reporter, Bucureşti, 1998

Donna Gommien, *Introducere in Conventia europeana a Drepturilor Omului*, ed. All, 1993

Corneliu Liviu Popescu- *Protecţia internaţională a drepturilor omului- surse, instituţii, proceduri*, Ed. All Beck Bucuresti 2000

Ovidiu Predescu – *Convenţia Europeană a Drepturilor Omului si Dreptul penal român*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti 2006

Oana Mihaela Salomia- "*Unele consideraţii în legătură cu respectarea cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene de către instnţele naţionale*", în Revista Dreptul nr.9/2013,

Daniela Valea- *Drept constituţional şi instituţii politice, În dreptul român şi în dreptul comparat*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2014

Daniela Valea- *Sistemul de control al constituţionalităţii din România,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti 2010.

LEGAL CERTAINTY AND LEGITIMATE EXPECTATIONS

Alexandru Florin Măgureanu, Assist. Prof., PhD, "Spiru Haret" University

Abstract: The laws provide a high degree of legal certainty, especially when they apply to simpler, clearer actions. However when the situations are complex, in the context of the increasingly dynamic changes in the social and economical life, the general principles may provide a higher degree of legal certainty compared to the legal norms. When the actions that must be regulated are continuously changing and they imply great social and economical stakes, a close combination between rules and principles may offer a higher degree of certainty. The written form of the law and the means that the state authority have, in order to ensure the publicity of the rule of law, represent formal requirements and at the same time legitimate expectations that the citizens have, in the state governed by the rule of law. Legal certainty implies the fact that the individual knows or at least has the possibility of knowing which will be the consequences for breaking a rule of law; that the individual knows the law and may act accordingly. Publicity of the rule of law also implies the publicity of the punishment.

The concept of legal certainty is so closely connected with the one of legitimate expectations that the European Court of Justice does not make a clear distinction between them, although an obvious distinction can be made between the two "twin" concepts. Legitimate expectations may be defined as the conception that citizens have, regarding on what a rule of law should stipulate, strongly influencing, as a result, the lawmaking process.

Keywords: rule of law, legitimate expectations, legal certainty, non-retroactivity.

Certitudinea juridică

Fiind explicit formulată, legea oferă siguranţa pe care nu o poate oferi cutuma care este incertă şi cunoscută, de cele mai multe ori, numai de către o parte din proces. Legea este adresată tuturor cetăţenilor, ea se poate menţine pe perioade îndelungate de timp fără a fi modificată. Lega poate însă să fie modificată sau abrogată, sub influenţa presiunii sociale sau a unor necesităţi economico-sociale care pot să impună o abordare diferită a realităţilor noi.

Pe de altă parte, izvoarele scrise nu exclud posibilitatea unor schimbări neprevăzute. Fixitatea legii o poate transforma într-o frână pentru evoluţia socială, din cauza duratei lungi necesare pentru schimbarea unei legi. Mai ales în prezent, când modificările din viaţa economică şi socială se produc atât de rapid, legea trebuie să se adapteze realităţilor sociale într-un ritm din ce în ce mai alert. Această adaptare se realizează uneori prin hotărâri guvernamentale şi ordonanţe de urgenţă, însă această cale trebuie să fie folosită numai în situaţii excepţionale, doar atunci când nu există o altă cale de a reglementa o situaţie care apare brusc. Folosirea în exces a ordonanţelor duce întotdeauna la un adevărat „hăţiş" juridic, în care se pot pierde cu uşurinţă chiar şi experţii în interpretarea normelor şi, cu atât mai mult, persoanele care nu au o pregătire juridică. În plus, multitudinea hotărârilor şi ordonanţelor guvernamentale reprezintă de fapt o încălcare a principiului separaţiei puterilor în stat, respectiv o preluare într-o măsură din ce în ce mai mare a guvernului, care reprezintă puterea executivă, şi a rolului de putere legislativă, situaţie inacceptabilă într-un stat de drept. Cutuma

este mai aproape de nevoile sociale şi mai adaptabilă unor condiţii schimbate şi nu depinde de voinţa autorităţilor publice[1].

Printre dezavantajele cutumei pot fi enumerate:

- faptul că preceptele sale nu sunt întotdeauna riguros enunţate;
- incertitudinea cutumei, faptul că este greu de cunoscut, formulat şi stabilit în caz de litigiu, degajându-se din fapte concrete, dar adesea insesizabile;
- dificultatea probei cutumei.

Rolul obiceiului juridic este diferit de la o epocă istorică la alta. S-a apreciat[2] că, din punct de vedere istoric, se constată o scădere a rolului său, începând cu epoca modernă, ajungându-se aproape la dispariţia sa în dreptul european continental. Cutuma a continuat să aibă rol important ca izvor al dreptului internaţional[3], rol recunoscut însă tot mai puţin în epoca contemporană. Codul civil în vigoare recunoaşte (la art. 1) ca izvoare ale dreptului civil: legea, uzanţele (termen ce include potrivit Codului atât cutuma cât şi uzurile profesionale) şi principiile generale ale dreptului.

Certitudinea juridică presupune ca individul să ştie sau cel puţin să aibă posibilitatea de a cunoaşte care vor fi urmările exacte ale încălcării unei anumite legi. Certitudinea legală presupune premisa că individul cunoaşte legea şi poate să acţioneze în consecinţă. Pedeapsa pentru o faptă trebuie să poată fi prevăzută. Chiar dacă, spre exemplu, cetăţenii unei ţări nu cunosc exact cuantumul pedepselor prevăzute în Codul penal sau în legi speciale, ei au posibilitatea de a afla acest lucru cu uşurinţă, legea fiind publică şi uşor accesibilă. Pedeapsa se aplică pentru faptele în săvârşirea cărora autorul a avut libertatea de voinţă şi de acţiune. Astfel, cel care încalcă o normă de drept este conştient de existenţa acesteia, de fapta sa şi de urmările ei (sau ar fi trebuit să fie conştient, în cazul faptelor săvârşite din culpă), precum şi de pedeapsa pe care o va primi. Nu de puţine ori, teama de pedeapsă este cea care opreşte pe cineva să încalce o normă. În acest scop, dar şi ca un drept al individului, acela de a şti dinainte ce i se va întâmpla, de a-şi planifica în mod corespunzător acţiunile cu relevanţă juridică, pedeapsa trebuie să fie cunoscută sau să poată fi cunoscută cu uşurinţă. Publicitatea normei de drept presupune şi publicitatea pedepsei aplicate pentru încălcarea sa. Cunoaşterea normelor şi a pedepselor este în acelaşi timp şi o condiţie esenţială, ce oferă autoritate unei legi şi o anumită fixitate. Cu toate că Legea celor XII table a fost făcută publică iniţial pentru o scurtă perioadă de timp, prevederile sale au rămas în conştiinţa oamenilor o perioadă îndelungată, conferind într-o anumită măsură certitudine legală. „Cunoaşterea comună a legilor şi obiceiurilor creează aşteptări legate de consecinţele şi reacţiile legate de acţiuni care iau forma unei hărţi conceptuale multidimensionale, dinamice şi relativiste a posibilelor forme de relaţii”[4]. Cunoaşterea repercusiunilor pe care le are încălcarea unei norme determină un anumit tip de comportament, influenţând astfel relaţiile dintre oameni. Aceasta este una dintre influenţele cele mai puternice pe care le are un sistem de reguli într-o anumită societate.

Certitudinea juridică nu are rol doar în asigurarea cunoaşterii legii, ci şi pentru că doar legea poate garanta drepturile şi libertăţile cetăţeneşti. Cu cât norma de drept este mai precisă, mai certă, cu atât judecătorii sunt mai puternic obligaţi să respecte dispoziţiile legale şi astfel se elimină în mare parte subiectivismul. Certitudinea legală previne arbitrariul judecătorului, împiedicându-l să sancţioneze fapte ce nu au fost prevăzute explicit de lege. De asemenea, o încadrare corectă a faptelor ar fi imposibilă, dacă descrierea faptelor incriminate nu ar fi

[1] Sofia Popescu, *Teoria generală a dreptului,* Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2000, p. 153.
[2] Ion Craiovan, *Tratat de teoria generală a dreptului,* Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2007 p. 371.
[3] Grigore Geamănu, *Drept internaţional contemporan,* Ed. Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 1975, p. 135.
[4] George Silberbauer, *Etica în societăţile de mici dimensiuni*, în Peter Singer (coord.) Tratat de etică, Editura Polirom, 2006, Bucureşti, p. 45.

precisă şi clară. Cerinţa determinării legale apare atât în cazul elaborării legilor, cât şi al aplicării normelor juridice.

Certitudinea juridică impune ca orice cerinţă a normelor juridice să fie clară şi, în acelaşi timp, previzibilă. Lipsa clarităţii în dispoziţiile actelor normative duce la imposibilitatea de a le aplica. Încălcarea unei norme ale cărei dispoziţii nu sunt certe nu poate să atragă pedepsirea. Certitudinea juridică a fost folosită pentru a întări caracterul obligatoriu al dreptului european şi obligaţiile statelor membre de a se conforma directivelor. Normele naţionale trebuie să nu fie echivoce şi să ofere precizie şi claritate în ceea ce priveşte întinderea drepturilor şi obligaţiilor cetăţenilor[5]. Lipsa certitudinii unei norme juridice poate fi invocată nu numai de cetăţenii statelor, ci şi de statele membre, în relaţia lor cu U.E.

Un alt factor ce contribuie esenţial la menţinerea certitudinii juridice ţine de aplicarea legii, de autoritatea de lucru judecat. *Res iudicata* presupune interdicţia ca un nou proces să se desfăşoare, dacă există o decizie definitivă într-un caz, între aceleaşi persoane, cu acelaşi obiect, dacă nu sunt aduse probe noi. O hotărâre judecătorească rămasă definitivă, împotriva căreia nu se mai pot exercita căile de atac, este prezumată ca reflectând adevărul. Autoritatea de lucru judecat este o condiţie esenţială pentru îndeplinirea actului de justiţie şi pentru asigurarea unui climat de siguranţă în ceea ce priveşte aplicarea legii, la cazurile aduse în faţa judecăţii.

Un alt factor ce oferă certitudine juridică este interdicţia ca pedepsele să fie aplicate prin analogie. Referitor la aplicarea prin analogie, C.E.D.O. a decis[6] că, în interpretarea art. 7 al Convenţiei europene asupra drepturilor omului, principiul legalităţii presupune şi interdicţia ca legea să fie aplicată prin analogie, prin interpretarea extinsă a unui caz, în detrimentul acuzatului.

Un rol unificator în Uniune, din punct de vedere al jurisprudenţei, îl are şi Curtea Europeană a Drepturilor Omului. Pornind de la cazurile particulare care îi sunt supuse, Curtea (C.E.D.O.) îşi sprijină deciziile pe un anumit număr de norme privind: securitatea juridică, încrederea legitimă, caracterul efectiv, responsabilitatea, nediscriminarea şi, îndeosebi, proporţionalitatea. Precedentul judiciar are o mare importanţă în deciziile Curţii, decizii ce sunt invocate în practică, pe o scară din ce în ce mai largă, chiar în cadrul proceselor din ţările cu sisteme de drept ce nu recunosc jurisprudenţa ca izvor formal de drept. Curtea de la Strasbourg, prima jurisdicţie internaţională de acest fel, este, într-adevăr, interpreta supremă a Convenţiei care se aplică direct în statele membre ale Consiliului Europei, inclusiv România.

Conform principiului legalităţii, existenţa statului şi a instituţiilor sale, puterile acestora şi acţiunile desfăşurate de acestea, drepturile şi obligaţiile lor, precum şi ale cetăţenilor unui stat, orice interacţiune cu relevanţă juridică între stat şi cetăţeni, precum şi între cetăţeni, orice proces şi orice pedeapsă trebuie să se întemeieze pe lege.

În timpul cât se află în vigoare, norma juridică are o aplicare continuă, fără întreruperi. O lege este în vigoare până la momentul abrogării ei. Indiferent cât de gravă, cât de odioasă ar fi o faptă, ea nu poate atrage pedeapsa legală, atâta timp cât nu există o normă care să o incrimineze ca atare. Principiul neretroactivităţii legii este formulat în toate constituţiile ţărilor democratice, el regăsindu-se în Constituţia României, la art. 15 alin. (2), care stipulează că: „Legea dispune numai pentru viitor, cu excepţia legii penale sau contravenţionale mai favorabile". Convenţia europeană a drepturilor omului recunoaşte principiul la art. 7 alin. (1): „Nimeni nu poate fi condamnat pentru o acţiune sau o omisiune care, în momentul în care a fost săvârşită, nu constituie o infracţiune, potrivit dreptului naţional sau internaţional. De asemenea, nu se poate aplica o pedeapsă mai severă decât aceea care era aplicabilă în

[5] Takis Tridimas, *op. cit*., p. 166.
[6] Başkaya & Okçuoğlu v. Turcia, Nr. 23536/94.

momentul săvârşirii infracţiunii". Conform art. 1, alin. (2) al Noului Cod penal, „Nicio persoană nu poate fi sancţionată penal pentru o faptă care nu era prevăzută de legea penală la data când a fost săvârşită". Art. 4 al aceluiaşi Cod prevede că „Legea penală nu se aplică faptelor săvârşite sub legea veche, dacă nu mai sunt prevăzute de legea nouă". Acest principiu este în strânsă legătură cu principiul activităţii legii penale şi ambele pot fi subsumate principiului general al legalităţii, ele fiind consecinţe firești ale aplicării acestuia. Justificarea acestei soluţii constă în faptul că norma nouă, care incriminează fapta, nu a fost cunoscută de făptuitor, că acesta nu a fost avertizat cu privire la consecinţele pe care le are fapta sa[7]. Astfel, ar fi iraţional să fie tras la răspundere pentru o faptă pe care legea anterioară a socotit-o permisă (licită). De aceea, susţineau iluminiştii[8], trebuie să se verifice, înainte de a condamna o persoană, dacă a existat o lege care să prevadă ca fiind infracţiune fapta respectivă (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia).* Această cerinţă a apărut, mai întâi, ca un principiu politic, ca o revendicare politică contra regimului feudal, fiind înscrisă la loc de frunte în Declaraţia Drepturilor Omului şi Cetăţeanului din 1789 (art. 8), înainte de a se înfăţişa ca un principiu juridic de aplicare a legii penale în timp. Autorii la care am făcut referire precizează că principiul legalităţii poate să-şi îndeplinească funcţia de garanţie numai dacă temeiul sancţiunii nu apare ulterior săvârşirii faptei şi există interdicţia ca legea să retroactiveze. Potrivit comentariilor făcute la Codul penal american[9], juriştii americani au subliniat conţinutul şi importanţa interdicţiei *ex post facto law* (adică a legii ulterioare săvârşirii faptei), precizându-se că făptuitorul nu poate fi dezavantajat prin schimbarea legii după săvârşirea faptei care a constituit baza tragerii sale la răspundere penală. Deci nu i se poate înrăutăţi situaţia printr-o lege ulterioară, întrucât legea penală nu poate fi aplicată decât faptelor comise în perioada în care legea care le pedepseşte era în vigoare.

Există şi situaţii în care aplicarea neretroactivă a legii poate deveni discutabilă. După căderea nazismului, instanţele din Germania s-au confruntat cu o situaţie neplăcută. Era imposibil pentru ele să declare întregul regim dictatorial ca fiind ilegal sau să trateze orice decizie sau act legal ce a emanat de la guvernul lui Hitler ca fiind nul. Pe de altă parte, era în aceeaşi măsură imposibil să păstreze în noul guvernământ efectele tuturor atrocităţilor naziste, care au fost comise în numele legii[10]. Soluţia sugerată de profesorul Hart, la această problemă[11], a fost aplicarea unor măsuri retroactive, în special pentru informatorii care au făcut denunţuri false în vremea regimului nazist, pentru a elimina anumite persoane, folosindu-se în acest mod de asprul regim fascist. Am putea spune că este normal ca o lege să opereze pentru viitor şi poate fi discutabil că ea nu poate niciodată să opereze în alt fel, dar nu trebuie să afirmăm, în opinia lui Fuller, că retroactivitatea este contrară naturii legii însăşi, însă retroactivitatea trebuie să fie ţinută sub control, printr-o „decenţă a legii"[12]. Dacă în situaţia informatorilor care au folosit denunţuri false în propriile scopuri malefice putem vorbi despre o aplicare retroactivă a legii, în sensul că procesele împotriva celor care au fost denunţaţi vor fi considerate nule, aplicarea retroactivităţii la un număr mare de acte normative, fie ele şi legi proaste sau crude, inumane, ar ridica serioase ameninţări la adresa

[7] Conform C.E.D.O., articolul 7, alin. (1) din Convenţie presupune şi principiul că numai legea poate prevedea ce fapte constituie infracţiuni şi poate prevedea pedepse, precum şi interzicerea analogiei în materie penală – C.E.D.O., Kokkinakis contra Greciei, 1994

[8] Carlo Fiore, *Diritto penale,* vol. I, Torino, 1993, p. 81; Noll Trechsel, *Schweizerisches Strafrecht,* Allgemeiner Teil, Zurich, 1990, p. 42.

[9] *Model Penal Code and Commentaires*, Part I, Philadelpho, P.A., The American Law Institute, 1985, p. 3.

[10] Lon L. Fuller, *Positivism and fidelity to law, A reply to Proffesor Hart*, Harvard Law Review, No. 71, 1958, pp. 648-651.

[11] H. L. A. Hart, *Positivism and the separation of law and morale*, Harvard Law Review, vol. 71, 1958, pp. 619-621.

[12] Lon L. Fuller, *op. cit*., p. 651.

principiului legalităţii. Trebuie în orice caz să ne amintim că şi regimul lui Hitler obişnuia să rezolve problemele juridice din trecut cu ajutorul retroactivităţii.

„Argumentele care impun principiul neretroactivităţii normei juridice ţin de stabilitatea ordinii de drept, de echitatea şi legalitatea aplicării normei şi de raţiunea prezenţei normei în viaţa socială”[13]. Cetăţeanul nu îşi poate menţine încrederea în lege, atâta timp cât oricare dintre faptele sale trecute ar putea fi incriminate printr-o lege nouă. Situaţiile în care norma juridică poate retroactiva sunt strict delimitate prin lege. Principiul neretroactivităţii nu poate fi însă conceput abstract şi nici înţeles într-un mod absolut, fără pericolul unor excese şi fără să facă imposibilă, în unele cazuri, sancţionarea crimelor grave săvârşite din interese politice ori contra umanităţii sau contra păcii şi omenirii.

2. Aşteptările legitime

Conceptul de certitudine juridică este în strânsă legătură cu aşteptările legitime ale cetăţenilor, aşteptările pe care aceştia le au de la norma de drept. De fapt, aceste concepte apar atât de strâns legate, încât Curtea Europeană de Justiţie nu face o distincţie clară între ele. Îndeosebit jurisprudenţa din Germania şi din Franţa recunoaşte conceptul de „aşteptări legitime”[14]. Aşteptările pe care cetăţenii le au de la o lege, concepţia indivizilor cu privire la ceea ce ar trebui să stipuleze un act normativ şi cum ar trebui să se realizeze această reglementare influenţează puternic, aşa cum este şi normal, de altfel, legiuitorul în activitatea sa. Fiind obişnuiţi cu anumite dispoziţii legale, indivizii îşi vor manifesta dorinţa ca cele considerate oportune, legitime să fie menţinute. De asemenea, noţiunea de aşteptări legitime este în strânsă legătură cu neretroactivitatea legii, întrucât cetăţenii, cunoscând faptul că legea se aplică situaţiilor ivite după intrarea sa în vigoare, vor avea aşteptarea ca acest principiu să fie menţinut, o soluţie contrară ducând la grave încălcări ale drepturilor lor.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului recunoaşte şi ea noţiunea de aşteptări legitime ale cetăţenilor, însă aşteptările legitime nu sunt recunoscute ca fiind un drept de sine stătător. Soluţie firească întrucât „aşteptările legitime” reprezintă un concept mult mai general decât un drept privit în singularitatea sa, fiind o prevedere, o previziune (şi deci mai mult decât o simplă speranţă sau dorinţă) a naşterii, modificării sau stingerii unui drept sau a unei situaţii, a unui raport juridic. În acelaşi timp (tocmai acesta ar fi, credem, punctul de congruenţă dintre „aşteptările legitime” şi certitudinea juridică) aşteptările legitime pot reprezenta o previziune, o cunoaştere exactă în primul rând a existenţei unei legi, apoi a efectelor unei legi şi a consecinţelor încălcării unei norme juridice.

Conform C.E.D.O., legea trebuie să fie accesibilă, astfel un individ trebuie să aibă o indicaţie cu privire la legea aplicabilă la un caz anume şi trebuie să fie capabil să prevadă consecinţele acţiunilor sale, putând astfel, având posibilitatea, să evite consecinţele sancţiunii penale[15].

Cu toate că o lege care este considerată sacră este mult mai rar încălcată, mult mai bine legitimată, schimbarea unei astfel de legi ar deveni deosebit de dificilă. Dreptul roman ne oferă un exemplu grăitor în acest sens. Faţă de Legea celor XII Table a existat, am putea spune, un respect religios, care a făcut ca ea să nu fie abrogată nici măcar atunci când intrase deja în desuetudine. Cu toate că se pot dovedi eficiente, uneori pentru lungi perioade de timp, „axiomele” juridice se pot dovedi periculoase. În situaţia în care nevoile sociale cer din ce în ce mai multă flexibilitate de la un act normativ, orice lege trebuie să fie considerată importantă (altfel nu ar avea autoritate şi nu ar fi respectată), însă nu trebuie în niciun caz să

[13] N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, Editura Actami, Bucureşti, 1994, p. 170.
[14] Takis Tridimas, *The general principles of EC law*, Ed. Oxford University Press, 1999, p. 163.
[15] C.E.D.O., S.W. şi C.R. contra Regatului Unit, EHRR 363, 1995

fie considerată ca o axiomă ce nu poate fi schimbată. Situaţia este asemănătoare şi în cazul unei constituţii. Legea fundamentală nu trebuie să fie considerată sacră, însă ea este principalul garant al valorilor fundamentale dintr-un stat democratic şi în acelaşi timp o valoare prin ea însăşi, prin autoritatea pe care o are, prin recunoaşterea socială, care o apropie foarte mult, din anumite puncte de vedere, de ideea de contract social a lui Rousseau, contract prin care cetăţenii îşi deleagă o parte importantă a suveranităţii unor organisme statale. O constituţie (ca şi o normă juridică obişnuită de altfel) se legitimează prin suveranitatea poporului, însă această suveranitate nu este absolută, la fel cum nici autonomia de voinţă, în cazul individului, nu este absolută.

Aşteptările legitime ale cetăţenilor impun regândirea, reaşezarea continuă a valorilor juridice dar şi a legilor, aceasta mai ales dacă privim dreptul, nu ca pe o structură impermbeabilă, ci ca pe un sistem viu, în continuă schimbare.

Acknowledgement:

This paper has been financially supported within the project entitled ***"Horizon 2020 - Doctoral and Postdoctoral Studies: Promoting the National Interest through Excellence, Competitiveness and Responsibility in the Field of Romanian Fundamental and Applied Scientific Research",*** contract numberPOSDRU/159/1.5/S/140106. This project is co-financed by European Social Fund through Sectoral Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013. **Investing in people!**

Bibliography:

- George Silberbauer, Etica în societăţile de mici dimensiuni, în Peter Singer (coord.) Tratat de etică, Editura Polirom, Bucureşti, 2006
- Grigore Geamănu, Drept internaţional contemporan, Ed. Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 1975
- H. L. A. Hart, Positivism and the separation of law and morale, Harvard Law Review, vol. 71, 1958
- Ion Craiovan, Tratat de teoria generală a dreptului, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2007
- Lon L. Fuller, Positivism and fidelity to law, A reply to Proffesor Hart, Harvard Law Review, No. 71, 1958
- N. Popa, Teoria generală a dreptului, Editura Actami, Bucureşti, 1994
- Sofia Popescu, Teoria generală a dreptului, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2000.
- Takis Tridimas, The general principles of EC law, Ed. Oxford University Press, 1999

HEARING SYSTEM OF THE NEW CRIMINAL PROCEDURE CODE

Anane Ivan, Assist. Prof., PhD, "Ovidius" University of Constanța

Abstract: The settlement of criminal cases it's not possible without accurately setting of facts and circumstances related to the situation of the offender. A substantial contribution to the truth statements can bring the injured person, the civil party, the civilly responsible party, witness statements and statements of the suspect or the accused; only if they are combined with the facts or circumstances resulting from all the evidence in question.
The person who has suffered physical harm by criminal act, moral or material, whether participating in criminal proceedings is called injured party.
The victim, being the person who are aware about the offence and the offender may be heard in criminal proceedings for the administration of evidence needed to solve the case.
Statements of injured person is likely to highlight different elements which may serve as evidence truth with reference to the offense committed, how committed the participants in the offense, consequences product. Person aware of any fact or any fact likely to serve the truth in criminal proceedings may be heard as a witness. In principle, any person irrespective of sex, age, religion, nationality, social status etc. who has knowledge of any facts or circumstances that may serve to reveal the truth in a criminal case, may act as a witness.
Witness statements are the most common form of evidence being used in almost every criminal case.
Hearing the suspect/defendant - with the result obtained his statements - is the work procedures to determine the probative value necessary data relevant truth from the suspect / defendant knows best circumstances in which the offense was committed. Nobody knows better how the offense occurred only offender.
Statements suspect/defendant is its right and not an obligation by providing them the necessary information to establish the truth, on the one hand, and on the other hand is the first means by which one who is to be held criminally liable exercise their right of defense.

Keywords: hearing, person, witness, suspect, defendant.

I. Audierea persoanei vătămate

Soluţionarea cauzelor penale nu este posibilă fără stabilirea cu exactitate a situaţiei de fapt şi a împrejurărilor legate de situaţia făptuitorului.

O contribuţie substanţială la aflarea adevărului pot aduce şi declaraţiile persoanei vătămate, apărții civile și a părții responsabile civilmente; numai în măsura în care sunt coroborate cu fapte sau împrejurări ce rezultă din ansamblul probelor administrate în cauză.

Persoana care a suferit prin fapta penală o vătămare fizică, morală sau materială, dacă participă în procesul penal, se numeşte parte vătămată.

Partea vătămată, fiind persoana care a luat la cunoştinţă despre săvârşirea infracţiunii şi despre făptuitor, poate fi ascultată în procesul penal în vederea administrării unor probe necesare rezolvării cauzei.

Organul de urmărire penală are obligaţia să cheme, spre a fi ascultată, persoana care a suferit o vătămare prin infracţiune.

Înainte de ascultare, persoanei vătămate i se pune în vedere că poate participa în proces ca parte vătămată, iar dacă a suferit o pagubă materială sau o daună morală, că se poate constitui parte civila.

De asemenea, i se atrage atenţia că declaraţia de participare în proces penal ca parte vătămată sau de constituire ca parte civilă se poate face în tot cursul urmăririi penale.

Declaraţiile persoanei vătămate sunt de natură să reliefeze diversele elemente de fapt care pot servi la aflarea adevărului ca probă, cu referire la fapta săvârşită, modul de comitere, participanţii la infracţiune, urmările produse etc..

Ascultarea persoanei vătămate parcurge următoarele etape:

a) **verificarea identităţii şi ascultarea răspunsurilor cu privire la datele personale** – persoana vătămată este solicitată să răspundă la întrebările ce i se adresează cu privire la datele de identificare, confruntându-se răspunsurile primite cu menţiunile din actul de identitate. După ce organul de urmărire penală s-a edificat cu privire la identitatea persoanei vătămate, îi aduce la cunoştinţă faptele şi împrejurările în legătură cu care urmează să fie ascultată, inclusiv posibilitatea legală ce o are de a se constitui ca parte vătămată sau parte civilă în proces ori să renunţe la acest drept conferit de lege şi să fie ascultată în calitate de martor;
b) **relatarea liberă sau spontană** – începe prin adresarea unei întrebări de ordin general " întrebare-temă" menită să ofere posibilitatea persoanei vătămate să declare tot ce ştie în legătură cu faptele şi împrejurările pentru a căror lămurire este ascultată. Aceasta oferă posibilitatea persoanei vătămate să povestească faptele, împrejurările, în succesiunea lor firească logică, să relateze tot ce consideră că ar interesa cauza, fără ca declaraţia să fie limitată în vreun fel prin intervenţiile celui ce efectuează ascultarea. Cel care conduce ascultarea trebuie să dea dovadă de răbdare, calm, tact şi atenţie;
c) **ascultarea dirijată sau adresarea de întrebări şi ascultarea răspunsurilor** - pentru clarificarea unor afirmaţii contradictorii, confuze, a omisiunilor, se adresează întrebări de precizare şi verificare. Întrebările pot fi din cele prevăzute în planul de ascultare al organului de urmărire penală sau pot fi formulate în raport de conţinutul relatării libere sau spontane. Aceste întrebări se stabilesc concret pentru fiecare persoană vătămată în raport cu particularităţile cauzei, cu poziţia persoanei ascultate, conţinutul relatării libere, cu problemele ori aspectele ce trebuie să fie clarificate, precizate, verificate.

Din conţinutul declaraţiei trebuie să rezulte datele de identificare, menţiunea că persoanei vătămate i s-au adus la cunoştinţă posibilităţile de opţiune, faptele şi împrejurările săvârşirii infracţiunii, persoana făptuitorului, cuantumul pagubei produse prin infracţiune şi suma cu care se constituie parte civilă în proces.

De regulă, persoana îşi formulează declaraţia cu propriile sale cuvinte în raport cu nivelul de pregătire, lexicul, experienţa sa de viaţă.

În conţinutul declaraţiei se vor evita expresiile indecente, triviale, fraze confuze sau care pot da naştere la diferite interpretări. După terminarea declaraţiei persoana vătămată semnează pe fiecare pagină.

Declaraţia trebuie să poarte data şi viza organului de urmărire penală în faţa căruia a fost dată, precum şi semnătura apărătorului dacă acesta a fost prezent la audiere .

Atunci când situaţia impune, declaraţia trebuie să fie semnată de interpret ori , după caz , de reprezentantul autorităţii tutelare, părinte, tutore, curator, educator care au asistat la ascultare .

În situaţia persoanelor de rea credinţă trebuie să se consemneze, pe lângă răspunsurile date, şi întrebările adresate de către organul de urmărire penală. Declaraţia nu trebuie să cuprindă ştersături ori modificări; în cazul în care acestea apar trebuie confirmate în scris sub

semnătură, de către cel care a făcut declaraţia şi de organul judiciar, fie în cuprinsul său, fie la sfârşit .

Spaţiile rămase libere se barează, pentru eliminarea oricărui dubiu.

În cursul urmăririi penale, audierea persoanei vătămate se înregistrează cu mijloace tehnice audio sau audiovideo. Atunci când înregistrarea nu este posibilă, acest lucru se consemnează în declaraţia persoanei vătămate, cu indicarea concretă a motivului pentru care înregistrarea nu a fost posibilă.

Declaraţiile persoanei vătămate pot fi fixate şi pe banda audio sau video.

Aprecierea declaraţiilor persoanei vătămate se face ţinându-se cont de măsura în care acestea se coroborează cu întregul material probator administrat în cauză, numai atunci când declaraţiile sunt concordante cu celelalte materiale ale cauzei, se poate concluziona că ele sunt conforme cu realitatea şi că persoana ascultată este de bună-credinţă.

La aprecierea declaraţiilor nu vor fi luate în consideraţie decât ceea ce acestea au perceput, nu şi părerile, presupunerile sau concluziile lor cu privire la faptele şi împrejurările cauzei ori la vinovăţia sau nevinovăţia suspecților/inculpaţilor.

Organul de urmărire penală, în aprecierea declaraţiilor persoanei vătămate, are obligaţia legală şi morală să dovedească maximă obiectivitate, să nu plece cu idei preconcepute ori să se lase influenţat, în vreun fel sau altul.

II. Audierea martorilor

Persoana care are cunoştinţă despre vreo faptă sau vreo împrejurare de natură să servească la aflarea adevărului în procesul penal poate fi ascultată în calitate de martor.

În principiu, orice persoană fizică fără deosebire de sex, vârsta, religie, cetăţenie, situaţie socială etc. care are cunoştinţă despre vreo faptă sau împrejurare ce poate servi la aflarea adevărului într-o cauză penală, poate avea calitatea de martor.

Declaraţiile martorilor constituie cel mai frecvent mijloc de probă, fiind folosit aproape în orice cauză penală.

În măsura în care declaraţiile martorilor scot în evidenţă elemente de fapt de natură a duce la constatarea existenţei sau inexistenţei infracţiunii, la identificarea făptuitorului ori pentru cunoaşterea unor împrejurări esenţiale cauzei, ele pot servi ca probă în procesul penal.

Pentru ca o persoană să dobândească calitatea procesuală de martor, trebuie să fie întrunite cumulativ, următoarele condiţii:

- existenţa unui proces penal în curs de desfăşurare în faţa organelor judiciare
- existenţa unei persoane fizice care are cunoştinţă despre fapte şi împrejurări menite să contribuie la aflarea adevărului în procesul penal respectiv;
- persoana fizică să fie ascultată de către organele de urmărire penală cu privire la faptele şi împrejurările pe care le cunoaşte.

Indiferent de natura infracţiunii săvârşite, rolul martorilor este deosebit, tocmai datorită faptelor şi împrejurărilor pe care aceştia le pot lămuri prin depoziţiile ce le fac, mai ales dacă cele relatate sunt percepute în mod nemijlocit.

Cu ajutorul martorilor pot fi stabilite împrejurările săvârşirii infracţiunii, metodele şi mijloacele folosite în acest scop, este posibilă obţinerea unor date referitoare la făptuitori ori care sunt menite să contribuie la identificarea acestora; pot fi stabilite condiţiile şi împrejurările care au înlesnit sau favorizat săvârşirea infracţiunii şi măsurile ce se impun pentru prevenirea comiterii unor astfel de fapte pe viitor .

Nu pot face obiectul declaraţiei martorului acele fapte sau împrejurări al căror secret ori confidenţialitate poate fi opusă prin lege organelor judiciare.

Faptele sau împrejurările prevăzute în lege pot face obiectul declaraţiei martorului atunci când autoritatea competentă sau persoana îndreptăţită îşi exprimă acordul în acest sens

sau atunci când există o altă cauză legală de înlăturare a obligaţiei de a păstra secretul sau confidenţialitatea.

Calitatea de martor are întâietate faţă de calitatea de apărător, cu privire la faptele şi împrejurările pe care acesta le-a cunoscut înainte de a fi devenit apărător sau reprezentant al vreuneia din părţi .

Au dreptul de a refuza să fie audiate în calitate de martor următoarele persoane:

a) soţul, ascendenţii şi descendenţii în linie directă, precum şi fraţii şi surorile suspectului sau inculpatului;

b) persoanele care au avut calitatea de soţ al suspectului sau al inculpatului.

Minorul poate fi ascultat ca martor. Audierea martorului minor în vârstă de până la 14 ani are loc în prezenţa unuia dintre părinţi, a tutorelui sau a persoanei ori a reprezentantului instituţiei căreia îi este încredinţat minorul spre creştere şi educare.

Persoana chemată ca martor este obligată să se înfăţişeze la locul, ziua şi ora arătată în citaţie şi are datoria să declare tot ce ştie cu privire la faptele cauzei.

Martorul este întrebat mai întâi despre nume, prenume, etate, adresa şi ocupaţie.

În caz de îndoială asupra identităţii martorului, acesta se stabileşte prin orice mijloc de probă.

Martorul va fi apoi întrebat dacă este soţ sau rudă a vreuneia dintre părţi şi în ce raporturi se află cu acestea, precum şi dacă a suferit vreo pagubă de pe urma infracţiunii.

În cursul urmăririi penale şi judecăţii, organul de urmărire penală şi preşedintele completului solicită martorului depunerea **jurământului** sau a **declaraţiei solemne.**

Organul de urmărire penală şi preşedintele completului îl întreabă pe martor dacă doreşte să depună jurământ religios sau declaraţie solemnă.

Textul jurământului este următorul**: ”Jur că voi spune adevărul şi nu voi ascunde nimic din ceea ce ştiu. Aşa să-mi ajute Dumnezeu!”.** Referirea la divinitate din formula jurământului se schimba în funcţie de credinţa religioasă a martorului.

În timpul depunerii jurământului, cu excepţiile impuse de credinţa religioasă, martorul ţine mâna dreaptă pe cruce sau pe Biblie.

În cazul în care martorul alege să facă o declaraţie solemnă, textul acesteia este următorul: **”Mă oblig că voi spune adevărul şi nu voi ascunde nimic din ceea ce ştiu”.**

După depunerea jurământului sau a declarației solemne se va pune în vedere martorului că, dacă nu va spune adevărul, săvârşeşte infracţiunea de mărturie mincinoasă. Despre toate acestea se face menţiune în declaraţia scrisă.

Minorul care nu a împlinit 14 ani nu depune jurământ; i se atrage însă atenţia să spună adevărul.

Martorului i se face cunoscut obiectul cauzei şi i se arată care sunt faptele sau împrejurările pentru dovedirea cărora a fost propus ca martor cerându-i-se să declare tot ce ştie cu privire la acestea.

Fiecare martor este ascultat separat, dacă sunt mai mulţi martori fiecare este ascultat fără să fie de faţă ceilalţi, fiind lăsat să declare tot ce ştie în cauză.

Ascultarea martorului nu poate începe cu citirea sau reamintirea declaraţiilor pe care acesta le-a dat anterior în cauză, acesta nu poate prezenta ori citi o declaraţie scrisă de mai înainte, însă se poate servi de însemnări asupra amănuntelor greu de reţinut.

După ce martorul a făcut declaraţia, i se pot pune întrebări cu privire la faptele şi împrejurările care trebuie constatate în cauză, cu privire la persoana părţilor precum şi în ce mod a luat cunoştinţă despre cele declarate.

Obţinerea unor declaraţii veridice şi complete, menite să ducă la aflarea adevărului, este influenţată în mod hotărâtor şi de modul în care se face pregătirea ascultării. Nu de puţine ori, lipsa de pregătire sau superficialitatea în efectuarea acestei activităţi are drept consecinţă

obţinerea unor declaraţii de slabă calitate, repetarea ascultării, cheltuieli inutile de timp şi forţe şi, în ultimă analiză, tergiversarea cercetărilor, cu urmări deosebite asupra finalităţii judiciare.

De regulă, ascultarea martorilor parcurge trei etape, şi anume:

a) **verificarea identităţii şi ascultarea cu privire la datele personale** – martorul este solicitat să răspundă cu privire la datele de identificare urmărindu-se şi confruntându-se răspunsurile acestuia cu menţiunile din actul de identitate ;

b) **relatarea liberă sau spontană ori ascultarea povestirii martorilor – debutează cu o** întrebare de ordin general, organul de urmărire penală solicitând martorului să declare tot ceea ce ştie în legătură cu faptele ori împrejurările care au impus chemarea sa pentru a depune mărturie, martorii având posibilitatea să povestească faptele, împrejurările în succesiunea lor logică, firească, să prezinte tot ce cred că ar interesa cauza, fără ca relatarea să fie limitată prin intervenţiile celui care conduce ascultarea. Ascultarea trebuie sa fie făcută cu răbdare, calm şi atenţie. Martorii nu trebuie să fie întrerupţi decât în mod excepţional, când relatările lor nu au legătură cu cauza şi atunci numai cu recomandarea de a se referi la obiectul cauzei;

c) **adresarea de întrebări şi ascultarea răspunsurilor sau ascultarea dirijată** – după ce martorul a făcut declaraţia, i se pot adresa întrebări de precizare şi verificare cu privire la fapta care formează obiectul cauzei şi la făptuitori în scopul de a ajuta martorii detaliile necesare lămuririi complete a împrejurărilor cu privire la care sunt ascultaţi, să-şi formuleze declaraţia clar şi precis pentru a avea valoare în cauză.

Declaraţiile martorilor sunt consemnate de organul de urmărire penală în scris pe formular tip de declaraţie.

Declaraţia va fi semnată pe fiecare pagină şi la sfârşit atât de martor cât şi de organul de urmărire penală.

Ori de câte ori martorul se găseşte în imposibilitatea de a se prezenta pentru a fi ascultat, organul de urmărire penală procedează la ascultarea acesteia la locul unde se află.

În situaţia în care într-o cauză penală există un singur martor, organul de urmărire penală îşi poate întemeia soluţia pe declaraţia acestuia, dacă produce încredere deplină că relatează adevărul.

În cazul în care există o suspiciune rezonabilă că viaţa, integritatea corporală, libertatea, bunurile sau activitatea profesională a martorului ori a unui membru de familie al acestuia ar putea fi puse în pericol ca urmare a datelor pe care le furnizează organelor judiciare sau a declaraţiilor sale, organul judiciar competent acordă acestuia statutul de martor ameninţat şi dispune una ori mai multe dintre măsurile de protecţie.

Procurorul dispune aplicarea unei măsuri de protecţie din oficiu sau la cererea martorului, a uneia dintre părţi sau a unui subiect procesual principal.

În cazul aplicării măsurilor de protecţie, declaraţia martorului nu va cuprinde adresa reală sau datele sale de identitate, acestea fiind consemnate într-un registru special la care vor avea acces doar organul de urmărire penală, judecătorul de drepturi şi libertăţi, judecătorul de cameră preliminară sau instanţa, în condiţii de confidenţialitate.

Declaraţiile martorilor cărora li s-a atribuit o altă identitate pot servi la aflarea adevărului numai în măsura în care sunt coroborate cu fapte şi împrejurări ce rezultă din ansamblul probelor existente în cauză.

Dacă există mijloace tehnice corespunzătoare procurorul poate admite ca martorul să fie ascultat fără a fi prezent fizic la locul unde se află organul de urmărire penală, prin intermediul mijloacelor tehnice video şi audio.

În cursul urmăririi penale, audierea martorului se înregistrează prin mijloace tehnice audio sau audiovideo, dacă organul de urmărire penală consideră necesar sau dacă martorul solicită expres aceasta şi înregistrarea este posibilă.

Declaraţiile martorilor au valoare probatorie numai în măsura în care se coroborează cu celelalte probe şi mijloace de probă administrate în cauză.

III. Audierea suspectului sau a inculpatului

Audierea suspectului/inculpatului – având ca rezultat obţinerea declaraţiilor acestuia – este activitatea procedurală menită să stabilească datele cu valoare probatorie necesare pentru aflarea adevărului în cauză pornind de la faptul că suspectul/inculpatul cunoaşte cel mai bine împrejurările în care a fost săvârşită infracţiunea.

Nimeni nu cunoaşte mai bine cum a avut loc fapta penală decât infractorul.

Declaraţiile suspectului/inculpatului constituie un drept al acestuia şi nu o obligaţie acestea furnizând informaţiile necesare aflării adevărului, pe de o parte, iar pe de altă parte constituie prima modalitate prin intermediul căreia cel ce urmează să fie tras la răspundere penală îşi exercită dreptul de apărare.

Importanţa acestei activităţi este subliniată şi prin obligaţia pe care o au organele judiciare de a îl asculta pe suspect/inculpat în cele mai importante momente ale desfăşurării urmăririi penale.

Încălcarea dispoziţiilor privind ascultarea suspectului/inculpatului atrage sancţiunea nulităţii, deoarece, prin aceasta este violat dreptul său de apărare.

Declaraţiile suspectului/inculpatului făcute în cursul procesului penal pot servi la aflarea adevărului, numai în măsura în care sunt coroborate cu fapte şi împrejurări ce rezultă din ansamblul probelor existente în cauză, acestea nu pot determina, singure, tragerea la răspundere penală a suspectului/inculpatului, atâta timp cât nu sunt confirmate de celelalte probe şi mijloace de probă existente.

La începutul primei audieri, organul judiciar adresează întrebări suspectului sau inculpatului cu privire la nume, prenume, poreclă, data şi locul naşterii, codul numeric personal, numele şi prenumele părinţilor, cetăţenia, starea civilă, situaţia militară, studiile, profesia ori ocupaţia, locul de muncă, domiciliul şi adresa unde locuieşte efectiv şi adresa la care doreşte să îi fie comunicate actele de procedură, antecedentele penale sau dacă împotriva sa se desfăşoară un alt proces penal, dacă solicită un interpret în cazul în care nu vorbeşte sau nu înţelege limba română ori nu se poate exprima, precum şi cu privire la orice alte date pentru stabilirea situaţiei sale personale.

Suspectului/inculpatului i se aduce apoi la cunoştinţă fapta care formează obiectul cauzei, dreptul de a avea un apărător, precum şi dreptul de a nu face nici o declaraţie, atrăgându-i-se totodată atenţia că ceea ce declară poate fi folosit şi împotriva sa. Dacă suspectul/inculpatul dă o declaraţie, i se pune în vedere să declare tot ce ştie cu privire la fapta prevăzută de lege pentru săvârşirea căreia este suspectat.

Organul judiciar comunică suspectului sau inculpatului calitatea în care este audiat, fapta prevăzută de legea penală pentru săvârşirea căreia este suspectat sau pentru care a fost pusă în mişcare acţiunea penală şi încadrarea juridică a acesteia.

Fiecare suspect/inculpat este ascultat separat.

În cursul urmăririi penale, dacă sunt mai mulţi suspecti/inculpaţi, fiecare este ascultat fără să fie de faţă ceilalţi.

Suspectul/inculpatul este mai întâi lăsat să declare tot ce ştie în cauză.

Ascultarea suspectului/inculpatului nu poate începe cu citirea sau reamintirea declaraţiilor pe care acesta le-a dat anterior în cauză.

Suspectul sau inculpatul are dreptul să se consulte cu avocatul atât înainte, cât şi în cursul audierii, iar organul judiciar, când consideră necesar, poate permite acestuia să utilizeze însemnări şi notiţe proprii.

După ce suspectul/inculpatul a făcut declaraţia, i se pot pune întrebări cu privire la fapta prevăzută de lege pentru săvârşirea căreia este suspectat. De asemenea, este întrebat cu privire la probele pe care înţelege să le propună.

Declaraţiile suspectului/inculpatului se consemnează în scris. În fiecare declaraţie se vor consemna, totodată, ora începerii şi ora terminării ascultării suspectului/inculpatului. Dacă este de acord cu conţinutul declaraţiei scrise, suspectul sau inculpatul o semnează. Dacă suspectul sau inculpatul are de făcut completări, rectificări ori precizări, acestea sunt indicate în finalul declaraţiei, fiind urmate de semnătura suspectului sau a inculpatului.

Când suspectul sau inculpatul nu poate sau refuză să semneze, organul judiciar consemnează acest lucru în declaraţia scrisă.

Declaraţia scrisă este semnată şi de organul de urmărire penală care a procedat la audierea suspectului sau a inculpatului, de judecătorul de drepturi şi libertăţi ori de preşedintele completului de judecată şi de grefier, de avocatul suspectului, inculpatului, al persoanei vătămate, părţii civile sau părţii responsabile civilmente, dacă aceştia au fost prezenţi, precum şi de interpret când declaraţia a fost luată printr-un interpret.

Ori de câte ori suspectul/inculpatul se găseşte în imposibilitate de a se prezenta pentru a fi ascultat, organul de urmărire penală procedează la ascultarea acestuia acolo unde se află, cu excepţia cazurilor în care legea prevede altfel.

Suspectul/inculpatul nu este obligat să probeze nevinovăţia sa, sarcina probării vinovăţiei acestuia, incumbă organului de urmărire penală, până la stabilirea vinovăţiei operând principiul prezumţiei de nevinovăţie prevăzut atât în Constituţia României cât şi în Noul Cod de Procedură Penală.

Suspectul/inculpatul trebuie ascultat întotdeauna, cu excepţia cazului când se sustrage de la urmărirea penală.

Declaraţia suspectului/inculpatului nu trebuie să fie viciată de violenţe, ameninţări sau alte forme de constrângere .

În concluzie, ascultarea suspectului/inculpatului parcurge următoarele *etape* :

a) ***verificarea identităţii suspectului/inculpatului*** **–** parcurgerea acestei etape este obligatorie pentru a nu fi acuzată altă persoană decât cea care a săvârşit infracţiunea şi constă în întrebări cu privire la nume, prenume, poreclă, data şi locul naşterii, numele şi prenumele părinţilor, cetăţenia, studii, stagiul militar, locul de muncă, ocupaţie, domiciliu, antecedente penale, precum şi alte date care pot contura situaţia personală a suspectului/inculpatului. Răspunsurile se compară cu datele din acte şi se completează concomitent, formularul-tip al declaraţiei suspectului/inculpatului cu aceste date;

b) ***ascultarea relatării libere a suspectului/inculpatului*** – după ce i s-a adus la cunoştinţă că are dreptul să fie asistat de un apărător şi după ce i se solicită să dea o declaraţie scrisă personal cu privire la urmărirea adusă îi adresează suspectului/inculpatului o întrebare-cheie cu caracter general, prin care i se solicită să declare tot ce are de arătat în legătură cu acuzarea ce i se aduce, în acest fel oferindu-i-se posibilitatea să declare tot ceea ce consideră că interesează cercetarea. În timpul ascultării libere, organul de urmărire penală trebuie să evite întreruperea relatării suspectului/inculpatului, aprobarea sau dezaprobarea afirmaţiilor acestuia, să-şi manifeste satisfacţia ori nemulţumirea faţă de cele declarate. Indiferent de poziţia celui ascultat, trebuie să dovedească stăpânire de

sine, răbdare, calm şi, în general, o atitudine prin care să nu-şi exteriorizeze sentimentele faţă de învinuit/inculpat;

c) ***ascultarea dirijată, concretizată în adresarea de întrebări şi ascultarea răspunsurilor*** – organul de urmărire penală adresează suspectului/inculpatului întrebări, ascultă răspunsurile acestuia, îi solicită să declare ce probe înţelege să propună în apărarea sa şi procedează la consemnarea celor declarate. Întrebările trebuie să fie clare şi concise, să fie formulate la nivelul de înţelegere al celui ascultat, să nu sugereze răspunsul pe care-l aşteaptă organul de urmărire penală, să oblige pe suspect/inculpat să relateze şi nu să determine un răspuns de genul "da" sau "nu", să nu pună în încurcătură pe suspect/inculpat, mai ales atunci când acesta este bine intenţionat, interesat în a declara adevărul, să se refere la fapte, împrejurări concrete, evitându-se a se solicita suspectului/inculpatului să facă aprecieri, presupuneri ori să expună opinii personale.

Dacă suspectul/inculpatul revine asupra vreuneia din declaraţiile sale sau are de făcut completări, rectificări sau precizări, acestea se consemnează şi semnează pe declaraţii separate sau pe cele anterioare, în continuare. Pentru corelarea corespunzătoare cu celelalte probe ale cauzei, declaraţiile trebuie datate exact.

Declaraţia va fi semnată pe fiecare pagină şi la sfârşit de organul de urmărire penală, de suspect/inculpat, precum şi de interpret atunci când a fost luată în prezenţa acestuia sau de apărător, în condiţiile legii .

Analiza declaraţiilor suspectului/inculpatului şi confruntarea datelor rezultate din verificările efectuate cu probele existente în cauză permit organului de urmărire penală să-şi formeze convingerea intimă asupra vinovăţiei ori nevinovăţiei acestuia.

În cursul urmăririi penale, audierea suspectului sau inculpatului se înregistrează cu mijloace tehnice audio sau audiovideo. Atunci când înregistrarea nu este posibilă, acest lucru se consemnează în declaraţia suspectului sau inculpatului, cu indicarea concretă a motivului pentru care înregistrarea nu a fost posibilă.

Bibliografie selectivă:

Noul cod de procedură penală;

Dobrinoiu Vasile ş.a. – *Îndrumar de cercetare penală,* Ed. Atlas Lex, Bucureşti, 1994;

Anane ivan - *Acte procedurale ce pot fi efectuate în faza urmăririi penale,* Ed. Ex Ponto, Constanţa, 2003;

nistoreanu ghe. şi colab. – *Drept procesual penal,* ed. europa nova, bucureşti, 1996;

Neagu Ion – *Drept procesual penal, Tratat,* Ed. Global Lex, Bucureşti, 2002;

Aioniţioaie Constantin ş.a. - *Tratat de tactică criminalistică*, Ed. Carpaţi, Bucureşti, 1992;

Bercheşan Vasile ş.a. – *Cercetarea penală(criminalistică–teorie şi practică),* Ed. Icar, Bucureşti 2001.

LEGAL CONCERNS: WORLDWIDE COMPARATIVE APPROACH TO EUTHANASIA

Csanád Albert-Lőrincz, Assist. Prof., PhD, "Babeș-Bolyai" University of Cluj-Napoca

Abstract: The present study gives an account of the worldwide spread of euthanasia, focusing on its legal aspects. Although forbidden in most countries, a trend can be observed, and it is probable that in the near future, a permissive legal framework will come into existence beside those from The Netherlands, Belgium, Switzerland, Luxemburg (EU) and the states of Oregon, Washington, Montana and Vermont (US). Using the method of document analysis, we have compared the legislations existing in the states mentioned, discussing the British situation as well, where Lord Falconer's 2013 bill was repealed by the legislator. The Romanian Criminal Code, which has entered into force in February 2014, contains prohibitive provisions considered to be traditional that are no longer in line with altered societal needs, according to which the number of physicians and medical students who would support euthanasia is significant. The situation is also controversial because in one of its decisions from 2012, the European Court of Human Rights in Strasbourg voiced the position that the use of euthanasia is compatible with the protection of the sanctity of life, and may also be part of the right to individual self-determination. The phenomenon that only certain persons have access to the means for euthanasia (those who live in states where euthanasia has been legalized or who can afford to travel to such a state) is also of concern, even though everyone should be entitled to basic human rights in the same manner.

Keywords: euthanasia, trend, human rights, legal framework, protection of life.

Introduction

In the last decade, a worldwide breakthrough has taken place on the topic of euthanasia. In The Netherlands, Belgium, Switzerland, Luxemburg (EU) and the state of Oregon, Washington, Montana and Vermont (US), euthanasia has been legalized. Our study presents and compares existing legislations by using the method of document analysis, with a focus on the legal aspect. It also mentions a few research results from countries where euthanasia has been legalized that also give reasons for its acceptance. "Physician-assisted dying at the end of life has become a significant issue of public discussion" (Phillipa et al. 2014, p. 354). Euthanasia could be an alternative solution to the suffering of patients (Havill 2014). Voluntary active euthanasia by the request of the patient is the act of a physician who administers drugs or treatments with the intent of ending the patient's life. Passive euthanasia, also known as physician-assisted suicide, differs from active euthanasia in that the patient takes his or her own life, assisted by the physician. The lethal dose of drugs is prescribed by the physician (Benson 1999). According to some early views, there are no substantive differences between these two forms of mercy killings (Douglas 1976), although this position has nevertheless not become dominant neither in later scholarly literature nor in the eyes of the public, since both concepts have been used into the present day (Ostheimer 1980, Benson 1999, Anquinet et al., 2014, Phillipa et al. 2014, Willis et al. 2014).

In those countries where euthanasia has been legalized, it has not become an absolute right of the patient; practicing it depends on certain biological and spiritual conditions. "It is nuanced by depression, fear of being a burden, feelings of worthlessness, loss of awareness

and vulnerability to others. All of these must be ruled out before we can be sure that someone really wants to die" (Wright 2014. p. 27).

A worldwide review of the legal status of euthanasia

The topic of euthanasia is highly controversial because the views traditionally advocating the sanctity of life clash with the position of those who support artificially planned death (Oancea 2007, Perju et al. 2008 b, Pârvu et al. 2012, Buta and Buta 2012). The issue of euthanasia is still open from a moral point of view, but the debate has been settled from the legal standpoint, namely in favor of euthanasia: In Case no. 497/09 Koch vs. Germany, The European Court of Human Rights in Strasbourg has voiced conclusions that are universally valid.1 According to the Decision handed down in 2012, the right to privacy is a concept that should be interpreted broadly and that intrinsically contains the right to self-determination. The manner of ending his or her life should be the patients' option, considered as a part of the right to self-determination. The general legal framework is therefore a given for all countries, and they may treat the topic of euthanasia as they see fit. In the following, we will examine how the legislation of euthanasia has been put into practice in different countries.

In **the United Kingdom**, euthanasia is forbidden by the Suicide Act of 1961[2]. British jurisprudence considers the sanctity of life reflected in the right to life in Article 2 of the European Convention on Human Rights[3]. However, every person has the right to autonomy and dignity, and thus priority should be given to the sanctity of life (Jackson 2013). The Suicide Act of 1960 confers immunity from criminal proceedings for those who actually commit suicide. In the absence of a legal right, "it was impossible to impose on the state an obligation to allow others to assist" the patient practicing euthanasia (Jackson 2013, p. 471). By the Suicide Act of 1961, the British Parliament "expressly criminalized assisting a suicide. The court concluded that any common law defence was bound to fail because there is no fundamental right to commit suicide and 'the right to assist someone to do so cannot place the party providing assistance in a stronger position that the party committing suicide' the limits of the common law in this area have been reached and that any future development would be the responsibility of Parliament" (Jackson 2013, p. 472).

Due to the impact of international trends and the changing social attitudes, the topic of euthanasia has again come to the forefront of public attention. In 2013, Lord Falconer presented the Assisted Dying Bill in the House of Lords[4]. According to this document, assisted dying could only be considered for a patient of legal age, diagnosed with a progressive and irreversible disease and with a life expectancy shorter than six months. The legal framework included the provision that the prognosis must have been confirmed by a second physician. The major problem with this model was that survival times are based on past clinical experience, which in reality can vary from case to case (Frost et al. 2014). In the end, the proposed model did not pass the conservative British legislation.

In **Switzerland,** according to article 115 of the Swiss Criminal Code, euthanasia is not punishable under certain conditions: "Any person who for selfish motives incites or assists another to commit or attempt to commit suicide is, if that other person thereafter commits or attempts to commit suicide, liable to a custodial sentence not exceeding five years or to a

[1] http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112282#{%22itemid%22:[%22001-112282%22]} Accessed: 29.08.2014.
[2] http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/9-10/60 Accessed: 29.08.2014.
[3] http://echr-online.com/ Accessed: 29.08.2014.
[4] http://www.dignityindying.org.uk/assisted-dying/lord-falconers-assisted-dying-bill/ Accessed: 29.08.2014.

monetary penalty."[5] Thus, based on the regulation, no criminal proceedings can be initiated against a person who is acting unselfishly, in the interest of the patient. Actual assisted suicide is not legal, but is not punishable unless a selfish motive is proven. At the same time, the person who assists in euthanasia does not necessarily have to be a doctor. The Swiss Criminal Code proposed in 1918 "did not intend to regulate assisted suicide from a medical perspective. Rather, lawmakers were concerned with suicides motivated by honour and romance. Today, assisted suicides in Switzerland involve volunteers working for 'right-to-die associations'. The role of physicians is restricted to assessing the decisional capacity of the person requesting assistance and to prescribing the lethal drug. Of note, the person requesting assistance does not need to have a terminal illness" (Steck et al. 2014, p.2).

The Swiss Law on Public Health (1985) was amended in 2012 by the introduction of Article 71 (b) with the following content: "Socio-medical Establishments in receipt of public subsidies must allow assistance for suicide to be provided in their establishments for any resident who makes a request to this effect to an association supporting the right to die with dignity or to the doctor responsible for his or her treatment."[6]

A study shows that it is not known whether a request is present or not in all assisted suicide cases in Switzerland. Although the membership of the right-to-die associations is voluntary, "there is no evidence that they solicit members to take up their services" (Lewis, Black 2013, p. 887).

Another recent study has been based on the analysis of "5,004,403 Swiss residents and 1301 assisted suicides (439 in the younger and 862 in the older group). In 1093 (84.0%) assisted suicides, an underlying cause was recorded; cancer was the most common cause (508, 46.5%). In both age groups, assisted suicide was more likely in women than in men, those living alone compared with those living with others and in those with no religious affiliation compared with Protestants or Catholics. The rate was also higher in more educated people, in urban compared with rural areas and in neighbourhoods of higher socio-economic position" (Steck et al. 2014, p. 1).

There is an important distinction between the Swiss model, where euthanasia is not punishable under certain conditions, and that of the **Netherlands and Belgium**, where euthanasia is considered to be medical treatment.

In the **Netherlands**, the Euthanasia Law adopted in 2001 and entered into force on the 1st of April 2002 permits euthanasia and assisted suicide if the physician acts "with due care".[7] According to Section 2 of the Dutch *Review procedures for the termination of life on request and assisted suicide and amendment of the Criminal Code and the Burial and Cremation Act*[8], this "due care" obligation means that the physician must be satisfied that the patient has made a voluntary and carefully considered request, the patient's suffering was unbearable, and that there was no prospect of improvement, the patient was informed about his situation and his prospects and the physician and the patient agreed that there is no reasonable alternative solution. Furthermore, the patient has been consulted by at least a second independent physician, who has given a written opinion on the due care criteria. Finally, the assistance provided and the act of euthanasia must be made with due medical care and attention. "The patient must have capacity to make the request, and the attending physician must consult a psychiatrist if he or she suspects the patient lacks capacity. The

[5] http://www.admin.ch/ch/e/rs/311_0/a115.html Accessed: 03.08.2014.
[6] http://www.patientsrightscouncil.org/site/switzerland/ Accessed: 03.08.2014.
[7] http://www.patientsrightscouncil.org/site/hollands-euthanasia-law/ Accessed: 07.08.2014.
[8] http://www.patientsrightscouncil.org/site/wp-content/uploads/2012/05/Dutch_law_04_12.pdf Accessed: 29.08.2014.

physician must also provide sufficient information to the patient to make his or her request well informed. The Act does not require that the request be made in writing, but it is established good practice to obtain a written request" (Lewis, Black 2013, p. 885).

The above-mentioned Dutch law permits euthanasia of incompetent patients under certain conditions. Teenagers from 16 to 18 years old may request and receive euthanasia or assisted suicide if a parent or guardian has been involved in the decision process, but they need not agree or approve. Children from 12 to 16 years old may also request and receive euthanasia or assisted suicide if a parent or guardian agrees with the termination of life or the assisted suicide.[9] Physicians must report the cases of artificial death to the municipal pathologist. In cases of euthanasia, a regional review committee comprising a physician, an ethicist and a legal expert must also be notified in order to ensure greater transparency.

According to data collected between September 2002 and December 2007, after the legalization of euthanasia and assisted suicide in the Netherlands, the study "found the request criterion to have been met in all 10,319 reported cases. Similarly, in a study of reported cases from 2007 to 2009, the relevant Regional Review Committee (RRC) (the bodies delegated the evaluation of reported cases of euthanasia) found that the physician had met the criteria related to the request in all 7,487 cases" (Lewis, Black 2013, p. 887).

In **Belgium**, according to *The Belgian Act on Euthanasia of May 28, 2002,* the physician who performs euthanasia commits no criminal offence when he/she ensures that the patient has attained the age of majority or is an emancipated minor, and is legally competent and conscious at the moment of making the request. The request must be voluntary, well considered and repeated, and cannot be the result of any external pressure. The patient must also be in a medically futile condition of constant and unbearable physical or mental suffering that cannot be alleviated, resulting from a serious and incurable disorder.[10] The patient's request "must be in writing, and signed and dated by the patient, unless he or she is unable to write, in which case the request may be made by a nominated adult with no material interest in the patient's death (…) A request for euthanasia may be revoked at any time by any means" (Lewis, Black 2013, p. 886). Euthanasia was also legalized for children without any age limit in February 2014, but the parents must agree with the decision.[11]

A study about the situation on euthanasia in Belgium shows that "the frequency of reported euthanasia cases has increased every year since legalization. Euthanasia is most often chosen as a last resort at the end of life by younger patients, patients with cancer, and seldom by nonterminal patients" (Smets et al. 2010, p. 187).

About the legality of all 2,017 reported euthanasia cases, data shows that the request criterion was met until December 2007. Another study certifies that from 2007 on, the explicit request condition was also fulfilled in all studied cases in the Flanders region (Lewis, Black 2013, p.887).

In Belgium, according to a study from 2009, "the number of reported euthanasia cases increased every year from 0.23% of all deaths in 2002 to 0.49% in 2007. Compared with all deaths in the population, patients who died by euthanasia were more often younger", male and cancer patients. Unbearable physical pain (95.6%) and/or psychological suffering (68%) were reported in most of euthanasia cases, only a few cases (6.6%) concerned nonterminal patients (Smets et al. 2010, p. 187).

Euthanasia was legalized in the United States of America in the following States: **Oregon, Washington and Montana** (Steck et al. 2014, p.2). In 2013, **Vermont** became the

[9] http://www.patientsrightscouncil.org/site/hollands-euthanasia-law/ Accessed: 07.08.2014.
[10] http://www.ethical-perspectives.be/viewpic.php?LAN=E&TABLE=EP&ID=59 Accessed: 07.08.2014.
[11] http://www.patientsrightscouncil.org/site/belgium/ Accessed: 07.08.2014.

fourth State that legalized euthanasia. "In 1994, Oregon voters approved the *Death with Dignity Act* (DWDA) by a vote of 51% to 49%. It became effective in 1998, surviving court challenges and a repeal effort, to make Oregon the first state in the country to legalize physician-assisted suicide (…) The law allows physicians to prescribe life-ending drugs that are requested by terminally ill patients with six months or less to live. In the nine years since then, (…) records show that 455 people have requested lethal drugs from their physician and 292 people have died from using them. The yearly numbers continue to rise, beginning with 16 deaths in 1997, increasing to 38 in 2005, and reaching 46 deaths in 2006."[12]

From the data of Oregon Division of Public Health responsible for monitoring assisted deaths results that all 673 cases of prescriptions of lethal drugs causing death (from 1998 to 2012) fulfilled the request criteria and respected the mandatory waiting period of 15 days between the oral request and death (Lewis, Black 2013).

After three unsuccessful attempts to make euthanasia legal, *"*In 2008, assisted-suicide proponents targeted the state for a massive effort to make Washington only the second state to approve assisted suicide. With a voter initiative (…) they succeeded, by a vote of 57.91 to 42.09 percent, in making it legal for doctors to help their patients commit suicide. (…) The Washington law (RCW 70.245) went into effect in March 2009.*"*[13]

In the State of Montana in December 2009, the Supreme Court has changed the legal status of doctor-prescribed suicide by a ruling. **"**However, the court did not officially legalize assisted suicide but said that, if charged with assisting a suicide, a doctor could use the patient's request as a defense."[14]

Vermont is the fourth State which has legalized euthanasia in May 2013. Governor Peter Shumlin has signed Vermont's doctor-prescribed suicide bill called The Patient Choice and Control at End of Life Act[15], which has immediately entered to force. "According to the Vermont Health Commissioner, it is expected that health insurance will cover the process. (…) The law states: 'A health care facility may prohibit a physician from writing a prescription for a dose of medication intended to be lethal for a patient who is a resident of its facility and intends to use the medication on the facility's premises, provided that the facility has notified the physician in writing of its policy with regard to the prescriptions'."[16]

Therefore, Oregon, Washington and Vermont have legalized physician-assisted suicide via legislation, while Montana did so by court ruling.[17]

Evidence from the Netherlands, Belgium, Oregon and Switzerland suggests that "the legal criteria that apply to an individual's request for assisted dying are well respected: individuals who receive assisted dying do so on the basis of valid requests; third parties who assist individuals to die do not act unlawfully. However, further research on the elements that may undermine the validity of requests for assisted dying is warranted" (Lewis, Black 2013, p. 895).

In **Romania**, a Member State of the European Union located in Eastern Europe, several efforts have been made to adopt modern human rights and patient rights during the last decade. The reform process was part of the synchronization of national law with European law. The recently adopted Criminal Code still criminalizes any act of a person causing or facilitating suicide, the punishment being imprisonment.

[12] http://www.lifeissues.org/euthanasia/oregons_law.htm Accessed: 03.08.2014.
[13] http://www.patientsrightscouncil.org/site/washington/ Accessed: 03.08.2014.
[14] http://www.patientsrightscouncil.org/site/montana/ Accessed: 03.08.2014.
[15] http://healthvermont.gov/family/end_of_life_care/documents/Act39_faq.pdf Accessed: 29.08.2014.
[16] http://www.patientsrightscouncil.org/site/vermont/ Accessed: 03.08.2014.
[17] http://euthanasia.procon.org/view.resource.php?resourceID=000132 Accessed: 03.08.2014.

The new Criminal Code[18], which entered into force in February 2014, criminalizes any form of euthanasia: Article 191 penalizes any act of causing or facilitating suicide with imprisonment, if suicide took place. If the acts or aiding described above was followed by a suicide attempt, the penalty should be reduced by half. Suicide attempts committed without any intervention on the part of other persons is not incriminated.

In our view, this national regulation is a conservative legislative solution because it does not reflect the changed attitudes among the population. A Romanian research has shown that "in general, most physicians and approximately one half of the responding students said they agreed with euthanasia and its legalization" (Curcă 2008, p. 36). Romanian authors have also suggested the legalization of euthanasia under strict conditions in order to prevent any abuses (Pivniceru, Dăscălescu 2004, Curcă 2008). In our opinion a further review of Romanian criminal law should match the legislation with the societal needs.

At the same time, any **prohibition of the act of euthanasia can be avoided**: we would like to point out that under the existing bans, patients who are of means, mobile or who can be transported still have the option to resort to euthanasia, even if they aren't residents of the countries where the manner of death discussed has been legalized. "Euthanasia tourism" is an increasingly common phenomenon, and the above-mentioned patient category may resort to Swiss clinics under certain conditions (Steck et al. 2014, p. 3). This possibility can also be interpreted to be a privilege obtained by circumventing prohibitive norms. From a legal standpoint, since it has a bearing upon the basic right to self-determination, and is not accessible to everyone, it could cause serious concern.

Conclusions

The worldwide trend of euthanasia legalization can be established with certainty. At present, certain forms of euthanasia are permitted in certain countries: The Netherlands, Belgium, Switzerland, Luxemburg (EU) and the states of Oregon, Washington, Montana and Vermont (US). Furthermore, it also constitutes a topic for public debate in other countries, and is also dealt with in international scholarly literature.

Although forbidden in most countries, it seems that there is an ever-growing need for it in society. It is increasingly accepted not only among physicians, but among the populace as well, since the studies mentioned recount a growing number of euthanasia cases. The phenomenon of *euthanasia tourism* has also appeared, i.e., foreign patients travel to permissive countries in the hopes that they would receive planned death.

Even if the need for euthanasia is not necessarily a majority one when taken in the context of total population, we believe that traditional, rigid viewpoints and arguments should be rethought, and the opportunity to decide, under strictly regulated conditions, what manner of death they wish for themselves should be afforded for incurable and suffering patients. Everyone should be entitled to an opportunity to leave life without humiliation and suffering, since at present, it is available only to patients who can afford the costs of travel and of the currently functioning medical establishments.

Bibliography

- Anquinet Livia, Raus Kasper, Sterckx Sigrid, Smets Tinne, Deliens Luc and Judith AC Rietjens, (2014), Re: A response to Willis et al., *Palliative Medicine,* Vol. 28 No. 4, p. 369.

[18] http://www.just.ro/LinkClick.aspx?fileticket=Wpo7d56II/Q= Accessed: 27.08.2014.

- Benson M. John, (1999), Trends: End-of-Life Issues, *The Public Opinion Quarterly*, Vol. 63, No. 2, p. 263-277.
- Buta Mircea Gelu, Buta Liliana, (2012) Euthanasia as Intention, *Studia Universitatis Babeş–Bolyai Bioethica*, No. 2 Vol. 57, p. 57-61.
- Curcă George Cristian, (2008), Euthanasia: An "X-Ray" From Within The Medical Profession – Comparative Survey Among Medical Students And Physicians, *Romanian Journal of Bioethics*, vol. 6, nr. 2, p. 36-48.
- Douglas Walton, (1976), Active and Passive Euthanasia, *Ethics*, Vol. 86, No. 4, p. 343-349.
- Frost D. Thomas, Sinha Devan, Gilbert J. Barnabas, (2014), Should assisted dying be legalised?, *Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine*, Vol. 9, No. 3, 5 p., DOI: 10.1186/1747-5341-9-3.
- Havill Jack, (2014), Voluntary euthanasia in New Zealand. The case for support from Christians, *Stimulus: The New Zealand Journal of Christian Thought and Practice*, Vol. 21, No. 1, p. 12-19.
- Jackson Adam, (2013), 'Thou Shalt Not Kill; But Needst Not Strive Officiously to Keep Alive': Further Clarification of the Law regarding Mercy Killing, Euthanasia and Assisted Suicide, *The Journal of Criminal Law*, Vol. 77, No. 6, p. 468-475.
- Lewis Penney, Black Isra, (2013), Adherence to the Request Criterion in Jurisdictions Where Assisted Dying Is Lawful? A Review of the Criteria and Evidence in the Netherlands, Belgium, Oregon, and Switzerland, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 41, Issue 4, p. 885-898.
- Oancea Ioan, (2007), Euthanasia - an absurd assumption of freedom, *Romanian Journal of Bioethics*, Vol. 5, No. 7, p. 25-43.
- Ostheimer, John M., (1980), The Polls: Changing Attitudes Toward Euthanasia, *The Public Opinion Quarterly*, Vol. 44, No. 1, pp. 123-128.
- Pârvu Andrada, Moisa Stefana, Gramma Rodica, Enache Angela, Dumitras Silvia, Roman Gabriel, Radu Chiriţă, Ioan Beatrice, (2012), The Inutility of the Medical Treatment at the End of Life, *Studia Universitatis Babeş–Bolyai Bioethica*, No. 2 Vol. 57, p. 63-74.
- Perju-Dumbravă Dan, Morar Silviu, Fulga Iuliu, Avram Adrian, Todea Doina, Siserman Costel, (2008), Euthanasia In The Romanian Penal Law, *Romanian Journal of Bioethics*, vol. 6, nr. 2, p. 14-22.
- Pivniceru Mona-Maria, Dascalescu Florin Dorian, (2004), Euthanasia: where does the right to life protection ends? *Romanian Journal of Bioethics*, Vol. 2, No. 2, p. 70-77.
- Phillipa J. Malpas, Maria KR. Wilson, Nicola Rae and Malcolm Johnson, (2014), Why do older people oppose physician-assisted dying? A qualitative study, *Palliative Medicine*, Vol. 28 No. 4, p. 353–359.
- Smets Tinne, Bilsen Johan, Cohen Joachim, Rurup L. Mette, Deliens Luc, (2010), Legal Euthanasia in Belgium: Characteristics of All Reported Euthanasia Cases, *Medical Care*, Vol. 48, No. 2, p. 187-192.
- Steck Nicole, Junker Christoph, Maessen Maud, Reisch Thomas, Zwahlen Marcel and Egger Matthias, (2014), Suicide assisted by right-to-die associations: a population based cohort study, *International Journal of Epidemiology*, Vol. 43, Issue 2, p. 614-622.
- Willis Derek, Gannon Craig, Harlow Tim, Baker Idris and George Rob, (2014), A response to L. Anquinet et al.'s article on terminal sedation, *Palliative Medicine*, Vol. 28, No. 4, p. 367–368.

- Wright Stephen, (2014), A question of death, *Nursing Standard*, Vol. 28, No. 27, p. 26-27.

Legal documents:

- Assisted Dying Bill - http://www.dignityindying.org.uk/assisted-dying/lord-falconers-assisted-dying-bill/ Accessed: 29.08.2014.
- Case no. 497/09 Koch v. Germany - http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112282#{%22itemid%22:[%22001-112282%22]} Accessed: 29.08.2014.
- European Convention on Human Rights - http://echr-online.com/ Accessed: 29.08.2014.
- Romanian Criminal code - http://www.just.ro/LinkClick.aspx?fileticket=Wpo7d56II/Q= Accessed: 27.08.2014.
- Review procedures for the termination of life on request and assisted suicide and amendment of the Criminal Code and the Burial and Cremation Act - http://www.patientsrightscouncil.org/site/wp-content/uploads/2012/05/Dutch_law_04_12.pdf Accessed: 29.08.2014.
- Suicide Act form 1961 - http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/9-10/60 Accessed: 29.08.2014.
- Swiss Criminal code - http://www.admin.ch/ch/e/rs/311_0/a115.html Accessed: 03.08.2014.
- The Swiss Law on Public Health (1985) - http://www.patientsrightscouncil.org/site/switzerland/ Accessed: 03.08.2014.
- The Belgian Act on Euthanasia 2002 - http://www.ethical-perspectives.be/viewpic.php?TABLE=EP&ID=59 Accessed: 07.08.2014.
- The Netherlands Euthanasia Law 2001 - http://www.patientsrightscouncil.org/site/hollands-euthanasia-law/ Accessed: 07.08.2014.
- The Patient Choice and Control at End of Life Act 2013, Vermont (US) - http://healthvermont.gov/family/end_of_life_care/documents/Act39_faq.pdf Accessed: 29.08.2014.

"THE ILLICIT CONDUCT" – A CONCEPT REQUIRING AN INTERDISCIPLINARY APPROACH

Dana Diaconu, Assist. Prof., PhD, West University of Timișoara

Abstract: Legal liability represents a legal element. It involves the establishment of an individual and determined obligation of a person to have a particular conduct. For example, following the establishment of their legal liability, a person must comply with a type of imposed conduct to repair the damage, to take certain measures, to submit to a sentence, to cease certain activities. Clearly, such obligation does not directly legitimize itself through the authority of the law, as is the case with the generic obligations that any person has in relation to the legal order which recognizes them as a legal subject. The conduct which imposes itself through the establishment of the legal liability is created ad hoc, through an act of saying the law (juris-dictio). From a social perspective, this imposed conduct is a reaction to the conduct which is inconsistent with the legitimate expectations of society. From a legal perspective, the imposed conduct is an obligation established in the burden of a legal subject with a view to reconfirm the damaged legal order. In order to "say the law" and establish the liability, the judgment must however pass from a factual, concrete situation to an individual legal obligation. How does this passage occur? What role does the illicit conduct play in such judgment?

The relationship between the illicit conduct and the legal liability lies on a legal level. However, the understanding of the illicit conduct is a dynamic concept, very close as meaning to an act (a factual act), capable of producing (legal) effects and which triggers the assuming of the sanction, leads in the legal reasoning to an impermissible lack of distinction between the objects of the factual level and those of the legal one. The legal reasoning of the branch legal doctrines cannot handle this confusion since it is the task of the theory of law to identify the source of the problem and to offer valid theoretical solutions.

In light of the comments above, Hans Kelsen's theory on causation and imputability and Wesley Hohfeld's valuable theory regarding legal relationships provides the elements necessary to understand the true relationship between unlawful act and legal liability. The unlawful act is a condition of legal liability, but not in the sense of element generating legal liability, amongst other elements, nor in a logical sense (it is not a mere logical antecedent). The relationship between the unlawful act and the legal liability is strictly normative. The law is the one that alleges the liability of an unlawful act. The rule of law (as an act of will) is thus involved in a reasoning of the science of law that identifies the relationship of attribution that connects a legally qualified conduct (the conduct that the legally liable person must have) and another legally qualified conduct (the unlawful act). Since legal liability is linked to the "unlawful act" and not the "illegal act", this means that, in a subtle way, the act of enforcing the law cannot be done without knowledge of the law and of the type of relationships that really function within the legal reality. The understanding of unlawfulness of a fact can be done only in theoretical and interdisciplinary contexts.

Keywords: liability, illicit, conduct, imputability, unlawfulness.

1. În teoria şi practica dreptului ideea că fapta ilicită este o condiţie a răspunderii juridice este deja un loc comun. Lucrarea încearcă să pună în stare de problemă această relaţie

şi să sesizeze care este raţionamentul juridic care leagă stabilirea răspunderii juridice de fapta ilicită.

Răspunderea juridică este un element de drept. Ea constă în stabilirea unei obligaţii individuale şi determinate a unei persoane de a avea o anumită conduită. Spre exemplu, în urma stabilirii răspunderii sale juridice, o persoană trebuie să se conformeze unei conduite impuse de a repara prejudiciul, de a lua anumite măsuri, de a se supune unei pedepse, de a înceta anumite activităţi. În mod evident, o atare obligaţie nu se legitimează direct prin autoritatea unei legi, cum sunt obligaţiile generice pe care orice persoană le are prin raportare la ordinea juridică care o recunoaşte ca subiect de drept. Conduita care se impune prin stabilirea răspunderii juridice este creată *ad hoc*, printr-un act de spunere a dreptului (*juris-dictio*). Din punct de vedere *social*, această conduită impusă este o reacţie faţă de o conduită care nu este conformă cu aşteptările legitime ale societăţii[1]. Din punct de vedere *juridic*, conduita impusă este o obligaţie stabilită în sarcina unui subiect de drept în vederea reconfirmării ordinii juridice lezate. Pentru „spunerea dreptului" şi stabilirea răspunderii, judecata trebuie să treacă însă de la o situaţie *factuală*, concretă şi de la o obligaţie juridică generală, la o *obligaţie juridică individuală*. Cum are loc această trecere? Ce rol joacă „fapta ilicită" în această judecată? Acesta este obiectul prezentei cercetări.

"Fapta ilicită" este şi ea un element de drept. Este o calificare juridică a unei situaţii factuale. Această afirmaţie, care nu pare să ridice probleme teoretice sau practice, este însă infirmată de modalitatea concretă în care se desfăşoară raţionamentul juridic. O analiză sumară a raţionamentelor din dreptul penal şi civil[2] pun în evidenţă că (1) „fapta ilicită" este prezentă în raţionamentul juridic cu sensul dinamic de "faptă", în relaţie cu efectele ei şi cu autorul ei, şi nu în sensul de "ilicit", în relaţie cu *criterii acceptate de iliceitate*; (2) analiza "faptei ilicite" prezintă aderenţe cu analiza vinovăţiei autorului faptei, ceea ce afectează inevitabil raţionamentul juridic al stabilirii răspunderii; (3) criteriile de iliceitate nu sunt univoce şi nu au o utilizare clară. În schimb, în dreptul internaţional, spre exemplu, conceptul de "faptă ilicită" este mult mai clar construit ca figură juridică, dată fiind, în acest domeniu, preocuparea pentru a agrea o metodă de raţionare care să permită calificarea unei fapte ca "ilicit internaţional". Vom dezvolta aceste idei, în limitele lucrării, în cele ce urmează.

2. În dreptul civil, drept comun faţă de celelalte domenii ale dreptului, *Lex Aquilia* din dreptul roman a definit un tip de delict civil pentru care este necesar un *damnum corpore corpori datum*. Dauna trebuie să fie cauzată prin faptul material al delincventului (*corpore)*

[1] Care sunt aşteptările legitime ale societăţii este o chestiune *extra-juridică* (de cele mai multe ori politică sau ideologică), dar cu mare influenţă asupra dreptului. Spre exemplu, doctrina civilă sesizează o metamorfoză în evoluţia dreptului civil, acum bazat pe un nou fundament, pe o "ideologie a reparaţiei" (a se vedea Sache Neculaescu, "Reflecţii privind soluţiile Noului Cod civil în materia răspunderii civile delictuale", în volumul *Noul Cod civil, Comentarii*, coordonat de Marilena Uliescu, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p. 198-250). Jean Carbonnier observă "victimofilia" noului drept civil, afirmând cu privire la dreptul francez că "Notre système juridique donne l'impression que, pour lui, la victime est la personne la plus importante du monde" (a se vedea Jean Carbonnier, *Droit civil, Obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, Paris, 2000, n° 199, p. 362,). Aceeaşi idee o regăsim şi în reglementarea unei obligaţii subsidiare de indemnizare a victimei" prevăzută de art. 1368 alin. (1) din Noul Cod civil în sarcina "autorului prejudiciului" lipsit de discernământ (a se vedea Sergiu Gherdan, *Răspunderea delictuală subsidiară*, în "Pandectele Române" nr. 6/2012, p. 124-127).

[2] Legislaţiile civile tind să exemplifice fapta ilicită, să ofere ipostazieri ale acesteia: conduita *widerrechtlich* (împotriva dreptului), conduita *gegen die guten Sitten* (împotriva bunelor moravuri), conduita nepasătoare (care nu realizează un minim „duty of care"), mult disputata "greşală" (cu nuanţele caracteristice ale lui *la faute* din dreptul francez), conduita împotriva "ordinii publice şi a bunelor moravuri" , simpla nerespectare a unei obligaţii legale. Chiar dacă în dreptul român se vorbeşte de o schimbare profundă a răspunderii civile adusa de Noul Cod civil , după cum putem observa din reglementarea tipurilor particulare ale răspunderii civile, nu se poate desprinde *un sens comun* al ilicitului civil (în unele situaţii este cerută culpa sau greşala, în altele doar nerespectarea unei obligaţii sau garanţii).

unui obiect determinat (*corpori*). Dacă această legătură iniţială "de la corp la corp" este naturală în cazul delictului *iniuria*, în actualele figuri ale ilicitului civil regăsim reafirmat acest "contact", într-o construcţie artificială a ilicitului civil: fapta ilicită îl cuprinde pe autorul său (care a "greşit") şi este gândită în raport *cauzal* cu prejudiciul[3]. Legătura de cauzalitate, în dreptul civil este analizată deci ca fiind stabilită între un fapt ilicit (care cuprinde însă şi conduita, şi pe autorul ei şi ordinea de drept care califică conduita drept ilicită) şi prejudiciu (care nu este propriu-zis un *damnum*, ci o consecinţă juridică a acestuia şi care include, deci, răul efectiv şi criteriile oferite de ordinea de drept pentru calificarea acestuia drept *prejudiciu*). Ideea de *corpore,* de contact, de transmitere intimă a energiei autorului asupra unui bun sau a unei persoane (care suferă, este "lezată") s-a păstrat până azi în conceptul ilicitului civil printr-o foarte complicată înţelegere a "raportului cauzal dintre fapta ilicită şi prejudiciu". Ilicitul civil derivat din *iniuria*[4] nu este doar un "breach of duty", ci este un concept dinamic, o *faptă*. Desigur, această notă "acţionalistă" face greu de separat fapta de făptuitor, şi, în context cauzal, lipsa de distincţie face să alunece problema cauzării în discuţia despre vinovăţie, astfel încât în loc să întrebăm "*ce* a cauzat dauna?" ajungem să întrebăm "*cine* a cauzat dauna?" şi încercăm să dovedim că autorul este vinovat. Păstrat în figurile actuale ale ilicitului civil, *corpore* este, indistinct şi "sediul faptei" şi "sediul vinovăţiei". Sub anumite aspecte, deşi este mai puţin vizibil, acest "reziduu conceptual" afectează şi dreptul penal.

În dreptul penal, "energia" *infractorului* este prezentă *în* infracţiune. Noţiunea de "ilicit penal" îşi construieşte conţinutul în jurul vinovăţiei autorului, cel mai bun argument fiind definiţiile legale ale infracţiunii[5]. Dreptul penal analizează infracţiunea nu ca ilicit, ci ca faptă, al cărei "motor" eficient este infractorul. Acesta este *vinovat* pentru că a pus în operă energia sa în sensul săvârşirii faptei. De aceea societatea îi reproşează fapta şi este pedepsit. Fapta are rezultate sociale periculoase, care sunt şi ele semnificative pentru iliceitatea faptei, fiind analizată legătura cauzală dintre faptă şi acestea. Infracţiunea este, aşadar, dinamică, activă, îl conţine pe infractor[6]. Din cauza acestui mixaj de elemente, doctrina dreptului penal

[3] În opinia noastră, ideea că cele două condiţii, *iniuria* şi *corpore* trebuie să fie într-un contact fizic pentru marchează şi acum unele concepte juridice, în principal modul în care utilizăm conceptul cauzalităţii în stabilirea răspunderii juridice. Faptul că în ştiinţa dreptului, este analizată o legătură de cauzalitate factuală, care este o legătură proprie ordinii naturale nu este criticabil, pentru că dreptul trebuie de cele mai multe ori să stabilească existenţa acestei legături în planul ordinii naturale. Dar faptul că acest tip de legatură, de cauzalitate, este stabilit de raţionamentul juridic între obiecte ale lumii normative, cum sunt "fapta ilicită" şi "prejudiciul" (care este un obiect "juridic", spre deosebire le "daună",care este un obiect natural), de exemplu, este neştiinţific şi face obiectul criticii în prezenta cercetare. Una dintre explicaţiile noastre pentru această situaţie în care se află ştiinţa juridică este că fapta ilicită este folosită şi înţeleasă în sens dinamic, cuprinzând pe autorul ei, adică tocmai în sensul adaptat acestei relicve a relaţiei juridice aquiliene *corpore-corpori.*

[4] Un studiu interesant, efectuat asupra dreptului francez, a investigat evoluţia de sens care a premis adăugări de sens subtile ce au evoluat de la noţiunea romană de *iniuria*, la cea de *culpa* şi, ulterior, la cea de "greşală"- a se vedea Emmanuelle Chevreau, Yves Mausem, Claire Bougle, *Introduction historique au droit des obligations*, Editura LexisNexis S.A., Paris, 2007, p. 86.

[5] Cu titlu de exemplu, prezentăm ultima definiţie a infracţiunii din art. 15 alin. (1) din Codul penal român: "Infracţiunea este fapta prevazută de legea penală, *săvârşită cu vinovăţie* [s.n.- D.D.], nejustificată şi imputabilă persoanei care a săvârşit-o." Dar nici doctrina de drept penal nu procedează într-o altă manieră. A se vedea, în acest sens, analiza amplă a infracţiunii G. Antoniu, *Unele reflecţii asupra conceptului de incriminare şi conceptului de infracţiune*, în volumul omagial *In honorem Radu I. Motica*, Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 31 şi urm.

[6] Legătura dintre doctrina penală a infracţiunii şi morala catolică poate fi mai bine înţeleasă din analiza lucrării noastre cu privire la evoluţia cercetării în drept- a se vedea Dana Diaconu, *De la „dreptul savant" la ştiinţa dreptului. O perspectivă epistemologică asupra cercetării în drept,*în "Analele Universităţii de Vest din Timişoara", seria Drept, vol. 1/2012, p. 56-74. De asemenea, această legatură este sugerată şi de profesorul Mihai Gheorghe prin referirea la importanţa operei lui Thomas d'Aquino, pentru gândirea juridică europeană.

distinge "laturi" ale infracţiunii, cum sunt "latura obiectivă" şi "latura subiectivă"[7], înţelese ca adevărate elemente de structură a ilicitului penal. Or, ceea ce doctrina penală numeşte "latură subiectivă" este o realitate care, deşi implicată în stabilirea răspunderii, este străină de figura ilicitului penal.[8] Teoria dreptului penal ar trebui să fie aptă să califice o infracțiune de-subiectivizată, o faptă ilicită în sine. In opinia noastră, trăsătura caracteristică a infracțiunii este antijuridicitatea, prea puțin analizată însă de doctrină[9].

În schimb, în dreptul internaţional, art. 12 din Articolele Comisiei de Drept Internaţional stabilesc o definiţie a ilicitului internaţional, care este "încălcarea unei obligaţii internaţionale de către un stat"[10]. Rămâne la latitudinea statelor să vadă ce obligaţii au şi ce conduită trebuie să aibă. Dreptul internaţional poate cel mai bine distincția între răspundere (*liability*) şi "responsabilizare" (*responsibility*). Integrând această distincţie, dreptul internaţional public atribuie, în opinia noastră, cel mai corect sens noţiunii de "ilicit", având meritul de a-l scoate pe autorul faptei ilicite din ilicitul însuşi.

Autorul citează următorul pasaj, extrem de relevant din *Summa Theologica*, I-II, 18, art. 6: "Actul voluntar se compune din două acte, unul interior, altul exterior, fiecare cu obiectul său. Obiectul propriu al actului interior este scopul, pe care actul exterior îl materializează"- a se vedea Mihai, Gheorghe, *Fundamentele dreptului, Știinta dreptului și ordinea juridică*, vol. I, ediția a doua, Editura C. H. Beck, București, 2009, p. 251.

[7] În acest sens, s-a spus că definiția legală a infracțiunii prevăzută de Noul Cod penal este prea largă (cuprinzând și vinovăția și imputabilitatea printre trăsăturile ilicitului penal). Totuși, ce nu au luat în calcul aceste critici este că imputabilitatea nu este *a faptei penale* asupra făptuitorului, ci *a sancțiunii penale* asupra persoanei răspunzatoare. Pentru înțelegerea acestui raționament, teoria lui Hans Kelsen cu privire la cauzalitate și imputabilitate, expusă spre finalul lucrării este extrem de utilă.

[8]In teoriile penale finaliste și moralizatoare, cum sunt cele germane, ilicitul penal include nu doar actul material interzis, ci mai ales scopul urmărit de agent (ambele "ingrediente" fiind incluse în ceea ce alte doctrine penale numesc "element obiectiv"). În acest sens, G. Antoniu face sublinierea că în această doctrină, actul material nu are relevanță penală decât dacă aparține infractorului și dacă este orientat într-o anumită direcție, pe baza unui proces psihic care îi imprimă o anumită finalitate; procesele psihice ale intenției și culpei nu sunt analizate în cadrul elementului subiectiv al infracțiunii, ci chiar "în cadrul elementului obiectiv, adică al acțiunii sau inacțiunii ca trăsătură subiectivă a ilicitului" – a se vedea George Antoniu, *Vinovăţia penală*, Editura Academiei Române, Ediţia a II-a, Bucureşti 2002.

[9] G. Antoniu, *Unele reflecții ...op. cit.* p. 43-44. Autorul apreciază „...antijuridicitatea implică o definiție de relație dintre acțiune (inacțiune) și ordinea de drept", „o însușire a acțiunii (inacțiunii) de a coincide sau nu cu cerințele ordinii juridice", dar nu utilizează acest concept pentru întelegerea infracțiunii, ci ca un criteriu pentru analizarea cauzelor justificative.

[10] Lucrările CDI, publicate în Yearbook Of The International Law Commission din 2001, *Volume II, Part Two, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session*, United Nation Publication, 2007 sunt disponibile *in extenso* online pe site-ul oficial a ONU. [10] Articolul 12 al CDI prevede astfel: „Existența unei încălcări a unei obligații internaționale. Există o încălcare a unei obligații internaționale de către un stat atunci când un act al acestui stat nu este în conformitate cu ceea ce se cere privind această obligație, indiferent de originea sau caracterul sau. [*Article 12. Existence of a breach of an international obligation.* There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character.]." Mai mult, în conformitate cu articolul 43 și 43 din Articole, statul care se consideră lezat trebuie să invoce răspunderea statului responsabil, care a încălcat o obligație primară; în consecință, pentru declanșarea mecanismelor care pun în practică obligațiile secundare (*cessation, non-repetition, reparation* în toate formele sale), trebuie ca statul în cauză să fie declarat răspunzător internațional pentru un ilicit. În plus, jurisprudența internațională și lectura art. 43 au arătat că și alte state pot să ceară măsuri și reparații din partea statului declarat responsabil. În acest sens, a se vedea James Crawford, *The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect*, în "The American Journal Of International Law", [Vol. 96], 2002, p. 881.

Stabilind reguli pentru răspunderea consecutivă faptei ilicite şi reguli separate pentru imputarea sancțiunii, dreptul internațional public are un mare avans metodologic faţă de multe sisteme de drept intern în problemele răspunderii juridice. Distincţia pe care am găsit-o aici între *obligaţiile primare* şi cele *secundare* nu este numai una funcţională şi organizatoare, ci şi una profund necesară[11].

Cele două concepte permit juristului să identifice în mod distinct două probleme, în ipoteza în care un stat se consideră lezat printr-un ilicit internaţional: (1) dacă avem un ilicit internaţional imputabil (pentru că s-a încălcat o obligaţie internaţională şi această încălcare poate fi atribuită unui stat); răspunsul pozitiv la această chestiune implică "localizarea unei obligaţii internaţionale" (obligaţie primară) şi aprecierea că prin conduita unui stat a fost încălcată această obligaţie; rezultatul acestui demers furnizează un stat "răspunzator" (*responsible*) din punctul de vedere al dreptului internaţional; (2) care sunt consecinţele legale ale ilicitului imputabil; răspunsul la această problemă conduce la stabilirea obligaţiilor secundare (care stabilesc ce conduită va trebui să adopte statul care răspunde). Astfel, schema răspunderii internaţionale implică două stări de drept: (1) o calificare juridică (faptul ilicit şi imputabil) – responsabilitatea; (2) implicaţia acestei calificări (consecinţele sale) – răspunderea. Schema pare mult simplificată faţă de cea din dreptul intern, unde mecanismul de trecere de la ipoteze de fapt la concluzii care implică stări de drept este deseori greu de algoritmizat (deci şi de conceptualizat la nivelul teoretic general al ştiinţei dreptului).

Experienţa diferită a subiectelor relaţiilor internaţionale şi nevoia de a agrea o schemă rezonabilă pentru a stabili, în final, răspunderea unui stat, ca şi nevoia de a integra o "comunitate internaţională", în contextul exercitării suveranităţii de către toţi membrii acesteia, toate alăturate slabei forţe coercitive (în sensul dreptului intern) a normei internaţionale, concură la o abordare mult mai metodică a problemei ilicitului, în acest domeniu al dreptului. Putem afirma că unul dintre subiectul cercetării noastre, respectiv stabilirea unui sens generic pentru ilicit, profită din plin de acest efort şi găseşte în mecanismele care funcţionează aici argumente profunde. Pe lângă o definiţie foarte "răspicată" a ilicitului, care semnifică neconformarea la o ordine de drept (internaţională), dreptul internțional pune în evidență ideea că "fapta ilicită" trebuie să fie analizată separat de "autorul" ei, pentru detaşarea corectă şi comunicabilă a legăturii de imputabilitate dintre aceasta și raspunderea internațională.

3. *Relația* dintre fapta ilicită și răspunderea juridică se situează *în plan juridic*. Totuși, înțelegerea faptei ilicite ca un concept dinamic, foarte aproape ca sens de o faptă (factuală), aptă să producă efecte (juridice) și care determină imputarea sancțiunii, antrenează în gândirea juridică o lipsă de distincție nepermisă între obiectele planului factual şi cele ale planului juridic. Raționamentul juridic al doctrinelor juridice de ramură nu poate gestiona această confuzie, fiind sarcina teoriei dreptului ca printr-un să identifice sursa problemei și să dea soluții teoretice valide.

Observaţiile pe care le-am făcut mai sus ne-au permis câteva comentarii şi reflecţii cu privire la figura teoretică a "faptei ilicite" în domeniile evocate.

În primul rând, am semnalat confuzia pe care expresia lingvistică "faptă ilicită" o aduce în mediul juridic. Expresia trimite la o noţiune dinamică şi, aşa cum am arătat mai sus, permite alunecarea gândirii către faptuitor, cu consecinţa (foarte gravă) a "asimilării" acestuia în ilicit. Prin urmare, din punctul de vedere al unei teorii generale, termenul *lingvistic* de "ilicit" (care desemnează conceptul *juridic* de "faptă ilicită") este mai potrivit, întrucât nu trimite la o acţiune sau la o activitate, ci la o calificare juridică a unei conduite.

[11] Cu privire la această distincție, a se vedea James Crawford, *op. cit.*, p. 876.

În al doilea rând, ilicitul nu are elemente componente. Nu are "laturi" sau „elemente" structurale, cum pretinde dreptul penal. Nu îl cuprinde nici pe "vinovat". Ilicitul este un concept normativ, sintetic. Dacă raționamentul juridic face abstracție de această natură, cum este cazul în dreptul civil și penal, nu este deloc surprinzător că "locul" lui în mecanismul răspunderii este infinit mai nuanțat, că doctrina trebuie să găsească justificări inutile și că schema răspunderii nu mai poate fi elaborată pentru un nivel general, teoretic.

În al treilea rând, ilicitul reprezintă o calitate (o notă, în sens logic) care se atribuie unei conduite care nu este conformă cu ordinea juridică. Este o calitate negativă, ceea ce o face greu de definit. De aceea, în opinia noastră, este corect să apelăm tot la o noţiune negativă, cum este "antijuridicitatea". O conduită ilicită este, în opinia noastră, esenţialmente antijuridică. Aceasta înseamnă că este ne-con-formă cu ansamblul sistemic al tuturor elementelor unei ordini normative juridice (reguli, principii, standarde, interese şi expectative intregrate în această ordine). Ilicitului i se poate da şi o definiţie pozitivă, dar nu în cadrul dreptului. O posibilă definiţie, de ordin filosofic, ar putea fi că ilicitul este *o altă lume* decât *lumea creată de drept*. Este o lume cu alte ingrediente, *calitativ*[12] şi esenţial diferită de lumea pe care o proiectează ordinea juridică.

Nu criticăm folosirea expresiei de "faptă ilicită", ci insistăm asupra conceptului juridic pe care aceasta îl exprimă și care nu ar mai trebui să conţină trăsăturile dinamice ale "faptei". "Fapta ilicită" este un termen logic şi juridic complet diferit de cel de "faptă". Este doar o evaluare a faptei[13] (şi nu "fapta evaluată"). Este un rezultat, respectiv rezultatul calificării unei fapte (şi acest termen este criticabil, fiind preferabil cel de *conduită*, care include mai explict omisiunile) drept ilicite. De aceea, "fapta ilicită" nu poate produce nimic într-o ordine naturală. Pentru a fi folosită autentic ca atare, cu excepţia propoziţiilor care atribuie fapta ilicită unei persoane, orice aserţiune cu privire la "fapta ilicită" trebuie să stabilească o legătură între aceasta şi un element *juridic*. Doar în dreptul internaţional am obsevat că se respectă această cerinţă firească de logică generală. Subliniem însă că doar cu *acest sens* al "faptei ilicite", putem avansa în mod corect în raţionamentul juridic, pentru a stabili răspunderea juridică.

4. Observaţiile de mai sus sunt confirmate de modalitatea în care este stabilită schema generală a răspunderii. Atât teoria generală a dreptului, cât şi doctrinele de ramură utilizează o schemă a răspunderii juridice în care regăsim "fapta ilicită" dinamică şi activă identificată în prima parte a lucrării. „Fapta ilicită" este înţeleasă ca o conduită aparţinând unui faptuitor care, având un intelect şi o voliţie nelaterate, a intervenit în mod nejustificat în cursul normal

[12] Pentru Wittgenstein, de exemplu, lumea este constituită din fapte, fiind chiar totalitatea faptelor. Propozițiile limbajului descriu faptele, doar că lumea însăși nu este un fapt și nu există un limbaj care să poată vorbi cu sens despre lumea în sine. O *acțiune*, în sens tehnic, se înscrie în cursul evenimentelor care se petrec *în interiorul lumii*; ea poate să contribuie la modificarea configurațiilor lucrurilor și poate să facă să apară noi fapte. Dar există și *o altă acțiune* care nu vizează faptele și este cea care provine *din voință*, indiferent dacă aceasta este bună sau rea. Această din urmă acțiune afectează lumea ca lume, lumea ca totalitate. Ceea ce schimbă voința este calitatea lumii după creștere sau diminuare. Voința bună suscită o lume care, ca lume, este calitativ superioară. Voința rea, dimpotrivă, suscită o lume care, ca lume, este *calitativ* mai rea. Diferențele *calitative* sunt diferențe marcate prin discontinuități. Nu putem trece de la un grad la altul parcurgând toată distanța intermediară ca și cum ar fi vorba de o diferență cantitativă. De aceea, fiind vorba de o diferență calitativă, lumea omului fericit este diferită de lumea omului nefericit. A se vedea, Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, Routledge, 2001, p. 87.

[13] Facem precizarea că *evaluarea* are loc, în mod necesar, din punctul de vedere al unei *teorii juridice*.

al evenimentelor şi a produs un rău social. În majoritatea doctrinelor elaborate pentru sistemele juridice bazate pe dreptul scris, răspunderea juridică a unei persoane se stabileşte *pentru că* acesta ar fi *autorul* unei *fapte ilicite* care a produs un rău social. Condiţiile „tragerii la răspundere juridică", în cadrul acestei scheme, sunt: 1. să existe fapta ilicită; 2. să existe vinovăție; 3. să existe prejudiciu; 4. să existe raportul cauzal între fapta ilicită şi prejudiciu.

Această schemă teoretică generală, regăsită şi în disciplinele juridice de ramură este criticabilă. Punctul de pornire al criticii este modalitatea în care este stabilită relaţia de cauzalitate în vederea stabilirii răspunderii juridice. În primul rând, fără rigoare ştiinţifică, relaţia de cauzalitate este analizată în raționamentul juridic ca *element al răspunderii juridice*. Or, relaţia cauzală este *factuală* prin natura ei, deci nu este un "obiect" normativ, apt să stabilească relații în plan juridic. În al doilea rând, relaţia cauzală este analizată ca fiind stabilită între „fapta ilicită" şi rezultatul acesteia. Desigur, numai asumarea unei "fapte ilicite" dinamice şi active a putut să conducă la ideea că ea ar putea avea un *rol cauzal*. Fără îndoială, raţionamentul juridic trebuie să investigheze şi faptele propriu-zise şi să analizeze rolul lor cauzal. Dreptul civil analizează, spre exemplu, relaţia *de fapt*, de la cauză la efect, dintre un impactul autoturism-pieton şi dauna produsă victimei. Dar calificarea daunei ca "prejudiciu" este o problemă de drept, este o calificare juridică. La fel, este necesară calificarea juridică a conduitei care a stat la baza accidentului. Este însă criticabilă „forţarea" unei relaţii cauzale între fapta ilicită (element de drept) şi lezarea ordinii de drept (element de drept).

5. Teoria lui Hans Kelsen cu privire la *cauzalitate* şi *imputabilitate* furnizează elementele necesare pentru a înţelege relaţia autentică dintre fapta ilicită şi răspunderea juridică[14]. Fapta ilicită este o condiţie a răspunderii juridice, dar nu în sens de element dinamic şi generator de răspundere juridică, alături de alte elemente şi nici în sens logic (nu este un simplu antecedent logic). *Relația dintre fapta ilicită şi răspunderea juridică este strict normativă*. Legea este cea care impută raspunderea[15] unei fapte ilicite. *Regula de drept* (ca act de voinţă) este implicată, aşadar într-un *raționament al științei dreptului* care identifică relația de imputare ce face legătura dintre o conduită calificată juridic (conduita pe care trebuie să o aibă persoana care răspunde din punct de vedere juridic) şi o altă conduită calificată juridic (fapta ilicită). Pentru că răspunderea juridică este legată de "fapta ilicită" şi

[14] "Exact ca o lege a naturii, şi o propoziţie juridică leagă două elemente. Însă legătura care îşi găseşte expresie în propoziţia juridică are un înţeles cu totul diferit de cea care descrie legea naturii: cauzalitatea. Este evident că legătura dintre crimă şi pedeapsă, delict civil şi execuţie silită, boală contagioasă şi internare nu este una de tipul cauză-efect. În propoziţia juridică nu se afirmă, ca în legea naturii, că, dacă este A, este şi B, ci că, dacă este A, trebuie să fie şi B, chiar dacă *în realitate* B nu este. Faptul că sensul legăturii dintre elementele propoziţiei juridice este diferit de cel al legăturii dintre elementele legii naturii îşi are originea în accea că în propoziţia juridică legătura este realizată de către o normă stabilită de autoritatea de drept, deci printr-un *act volitiv*, în timp ce legătura de tip cauză-efect, afirmată în legea naturii este independentă de orice asemenea intervenţie"- a se vedea H. Kelsen, *Doctrina pură a dreptului*, Editura Humanitas, Bucureşti, 2000, p. 104-105.

[15]"Afirmaţia că un individ este zurechnungsfähig („responsabil") înseamnă că o sancţiune poate fi aplicată unei persoane dacă aceasta comite un delict. Afirmaţia că un individ este nungsfähig („iresponsabil") - de exemplu, deoarece este copil sau bolnav mintal - înseamnă că o sancţiune nu poate fi aplicată unei astfel de persoane chiar dacă a comis un delict. Formulând această idee în mod mai precis, putem spune că în primul caz o sancţiune este legată de un comportament delictual, în vreme ce în al doilea caz o sancţiune nu este legată de un astfel de comportament. Noţiunea de imputabilitate (Zurehnung), ca fiind legătura specifică dintre delict şi sancţiune, este subînţeleasă în decizia judiciară potrivit căreia un individ este sau nu responsabil din punct de vedere legal (zwehnungsfähig) pentru comportamentul său. Aşadar, putem spune: sancţiunea este imputată delictului; nu este efectul delictului." - a se vedea H. Kelsen, *Cauzalitate şi imputabilitate,* articol tradus în limba română în "Noua Revistă de Drepturile Omului" nr. 4/2006, p. 167.

nu de "fapta nelegală", înseamnă că, într-un mod subtil, actul de aplicare a dreptului nu se poate face fără cunoaşterea dreptului şi a ordinii juridice.

6. O diferențiere și mai nuanțată a relaţiilor juridice care include și relația de imputabilitate, o găsim la W.N. Hohfeld [16]. Autorul concepe o teorie generală a relaţiilor juridice, care pune în evidenţă că nu putem lua nicio decizie validă în raționamentul juridic fără analiza corectă a tuturor relaţiilor juridice relevante. "Fapta ilicită" este, din punctul de vedere al acestei teorii, un produs logico-juridic, rezultat din raportări complexe ale conduitei la relațiile juridice pe care aceasta le afectează - conform schemei de relaţii propuse de autor.

Drept	Obligație	Putere	Răspundere
Right	*Duty*	*Power*	*Liability*
Privilegiu	„No-Right"	Imunitate	Incapacitate
Privilege	*„No-Right"*	*Immunity*	*Disability*

Teoria lui Wesley Hohfeld oferă o tipologie utilă a relaţiilor juridice care trebuie analizate cu ocazia calificării unei conduite ca ilicite, dar şi schema de relaţii care modelează stabilirea răspunderii. Schema lui Hohfeld evidențiază, în primul rând, că universul discursului juridic, la care se raportează, inevitabil, și raționamentul juridic, este împărțit în două părți: (1) una care are semnificație în ceea ce privește relațiile juridice - cu alte persoane - care se creează prin actul omisiv sau comisiv al lui X(automat şi independent de voința unui subiect dat, numit X, de a le crea) și (2) alta care se activează când raționăm cu privire la relațiile pe care le creează chiar X prin actul său voluntar.

Dăm acestei teorii următoarea interpretare: câtă vreme ceea ce poate fi observat sau analizat, cel puţin într-o primă fază a raţionării, este doar o *conduită*, nu o putem califica din punct de vedere juridic (şi acesta este, credem noi, punctul forte al schemei lui Hohfeld) decât dacă o situăm iniţial (metodologic) într-una din cele două clase de relaţii.

Această abordare susţine, cu forţa unei teorii generale a relaţiilor juridice, că pentru a considera ilicită o conduită este *insuficientă* o judecată de relaţie care să o raporteze *indistinct* la ordinea de drept. *Înainte* de calificarea juridică este necesară analiza sistemului de relaţii juridice care construiesc ordinea juridică, astfel încât să putem localiza relaţia juridică vizată de conduita analizată.

7. O concluzie generală a lucrării s-ar putea desprinde astfel: clișeul "fapta ilicită-condiție a răspunderii juridice" poate pune în pericol raționamentul juridic și știința dreptului. Aparenta lui claritate ocultează (și, din păcate, îndepărtează), în realitate, analize absolut necesare, atât în ceea ce privește "fapta ilicită", cât și ceea ce privește imputarea răspunderii. Doar un raționament al științei dreptului, la nivelul unei teorii generale, poate să stabilească, integrând toate elementele ordinii juridice, printr-un demers interdisciplinar, metode teoretice utile pentru judecățile extrem de complexe care furnizează ceea ce calificăm drept "faptă ilicită", sau care stabilesc legatura normativă, de fiecare dată specifică, prin care este imputată răspunderea juridică. Aceasta înseamnă că, în mod subtil, actul de aplicare a dreptului, oricât ar fi de "particular" sau de "specific", nu se poate face, în mod valabil, fără cunoaşterea științei dreptului şi a tipului de relaţii care crează în realitatea juridică.

BIBLIOGRAFIE:

[16] Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, în "The Yale Law Journal", Vol. 26, No. 8, 1917, p. 710-770, disponibil online *in extesno* la http://www.jstor.org/stable/786270, site consultat (și) la data de 04.10.2014.

1. Antoniu, George, *Vinovăţia penală*, Editura Academiei Române, Ediţia a II-a, Bucureşti, 2002.
2. Antoniu, George, *Noul Cod Penal. Vol.I (art. 1-56). Comentariu*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2006.
3. Antoniu, George, *Unele reflecţii asupra conceptului de incriminare şi conceptului de infracţiune,* în volumul omagial „*In Honorem* Radu I. Motica", Universul Juridic, Bucureşti, 2012.
4. Carbonnier, Jean, *Droit civil, Obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, Paris, 2000.
5. Chevreau, Emmanuelle, Mausem, Yves, Bougle, Claire, *Introduction historique au droit des obligations*, Editura LexisNexis S.A., Paris, 2007.
6. Crawford, James, *The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect*, în "The American Journal Of International Law", [Vol. 96], 2002.
7. Diaconu, Dana, *De la „dreptul savant" la știința dreptului. O perspectivă epistemologică asupra cercetării în drept,î*n "Analele Universității de Vest din Timișoara", seria Drept, vol. 1/2012.
8. Gherdan, Sergiu, *Răspunderea delictuală subsidiară*, în "Pandectele Române" nr. 6/2012.
9. Hohfeld, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, în "The Yale Law Journal", Vol. 26, No. 8, 1917.
10. Kelsen, Hans, *Doctrina pură a dreptului*, Editura Humanitas, Bucureşti, 2000.
11. Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, The Lawbook Exchange, Ltd., Clarck, New Jersey, 2007.
12. Kelsen, Hans, *Cauzalitate și imputabilitate,* tradus în limba română în "Noua Revistă de Drepturile Omului" nr. 4/2006.
13. Mihai, Gheorghe, *Fundamentele dreptului, Știinta dreptului și ordinea juridică*, vol. I, ediția a doua, Editura C. H. Beck, București, 2009.
14. Neculaescu, Sache, "Reflecții privind soluțiile Noului Cod civil în materia răspunderii civile delictuale", în volumul *Noul Cod civil, Comentarii*, coordonat de Marilena Uliescu, Editura Universul Juridic, București, 2011.
15. Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus,* Routledge, 2001, p. 87.

THE RIGHT TO DECENT LIVING - FUNDAMENTAL RIGHT UNDER THE ROMANIAN CONSTITUTION

Daniela Cristina Valea, Assist. Prof., PhD, "Petru Maior" University of Tîrgu Mureș

Abstract: The Romanian Constituent Assembly (since 1991) understood the need to impose and guarantee the righ to decent livind, among the other fundamental rights and freedoms that already exist.
In this peaper, we present, without claiming to exhaust then, some legal issues related to the fundamental right to decent livind, a very complex and quite recently one, such as: the nature and the content of the right to decent livind; constitutional guarantees; means of protection. These issues will be approched also in terms of jurisprudence of the Constitutional Court of Romania.

Keywords: right to decent living; fundamental rights and freedoms; constitutional guarantees; mean of protection.

Art. 47 din Constituția României (cu denumirea marginală de „Nivelul de trai") reglementează un drept fundamental, în mod nedrept, mai puțin abordat de doctrină. Deși cu implicații economico-sociale deosebite, nu face parte din categoria drepturilor fundamentale „vedetă", extrem de „vehiculate".

Introducerea unui asemenea drept în lista celor fundamentale[1], inițial prin acte internaționale și apoi și prin cele naționale (prin intermediul constituțiilor), reprezintă o consecință a „noii viziuni privind asigurarea drepturilor și a libertăților cetățenești nu numai prin eforturile individuale ale fiecărui stat, ci și prin eforturile colective ale comunității internaționale"[2]. Existența și recunoașterea dreptului la un nivel de trai decent implică și un efort al statului pe mai multe coordonate: de a crea condiții rezonabile de viață, în colaborare și pe baza cooperării cu celelalte state, concretizate în măsuri – interne și internaționale – de ameliorare a nivelului de trai și promovare a bunăstării sociale; de a contura cadrul normativ necesar implementării unor măsuri de asigurare și asistență socială; chiar de a subvenționare anumite produse și servicii; etc.

Concret, s-a susținut că dreptul la un nivel de trai decent presupune inevitabil și o obligație a statului de „a lua măsuri de dezvoltare economică și de protecție socială, pentru a asigura cetățenilor un nivel de trai decent", obligație care poate pune în discuție „limitele prerogativelor statului în economia de piață"[3] și, mergând mai departe cu ideea, a legăturii dintre economie și drept[4].

---

[1] Pentru amănunte despre procesul de conturare și impunere a acestui drept – a se vedea Oana Șaramet, Cătălina Georgeta Matei, *Dreptul la un nivel de trai decent sau dreptul la un nivel de viaţă suficient?*, (http://www.uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/annales_10_2007/saramet_ro.pdf).

[2] Mihai Constantinescu, Antonie Iorgovan, Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Constituția României revizuită – comentarii și explicații*, Editura All Beck, București, 2004, p. 98.

[3] Victor Duculescu, Constanța Călinoiu, Georgeta Duculescu, *Constituția României – comentată și adnotată*,, Editura Lumina lex, București, 1997, p. 154.

[4] Pe larg despre legătura dintre economie și drept, respectiv economia ca sursă materială a dreptului – a se vedea Andrea Kajcsa, *The role of economy as material source of law*, în Revista „Curentul Juridic", nr. 1/2014, pp. 56-63.

Pot fi avute în vedere câteva aspecte legate de acest drept fundamental, respectiv: natura acestuia; conținutul (dimensiunile), garanțiile prevăzute și mijloacele de protecție, chiar dacă cele mai multe nu transpar din reglementarea vagă și lapidară a acestui drept prin legea fundamentală a României.

În primul rând, dreptul la un nivel de trai decent este considerat un drept *fundamental,* respectiv un drept *subiectiv* (deoarece este stabilit prin norme juridice şi constă în facultatea subiectului activ al raportului juridic de a acţiona sau de a pretinde o anumită conduită pentru a cărei realizare se bucură de sprijinul şi protecţia statului). Și este *esenţial* (drepturile esențiale sunt cele considerate definitorii pentru personalitatea umană și înscrise în acte distincte (în dreptul internaţional – convenţii, pacte, tratate, protocoale – şi în dreptul intern – Constituţie, legi, alte acte normative)[5].

În al doilea rând, dreptul la un nivel de trai decent este considerat un drept *pozitiv*[6], deoarece presupune nu numai obligația statului sau a oricui altcuiva de a se abține de la a nu face nimic de natură a vătăma acest drept, ci chiar o obligație concretă din partea statului de a acționa, în speță de a lua o serie de măruri (economic-sociale și financiare) suficiente pentru a asigura cetățenilor un nivel de trai decent.

În al treilea rând, dreptul la un nivel de trai decent trebuie considerat un drept *complex*, conținutul acestuia fiind alcătuit din mai multe elemente componente. Din reglementările internaționale și interne în materie pot fi sintetizate toate dimensiunile acestuia. Pe plan internațional trebuie avute în vedere, în principal, Declarația Universală a Drepturilor Omului, Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene și Carta socială europeană revizuită. Astfel, conținutul acestui drept este dat de covergența unor drepturi precum: cele prevăzute prin Declarația Universală a Drepturilor Omului (art. 25), Carta socială europeană revizuită[7] (respectiv asigurarea dreptului la muncă, dreptul la o salarizare echitabilă, dreptul copiilor și tinerilor la protecție socială, dreptul lucrătoarelor la protecția maternității, dreptul la protecția sănătății, dreptul la securitate socială, dreptul la asistență socială și medicală, dreptul de a beneficia de servicii sociale, dreptul persoanelor vârstnice la protecție socială, dreptul la protecție împotriva sărăciei și excluderii sociale, dreptul la locuință[8]; cele prevăzute în Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene (respectiv, drepturile copilului (art. 24), drepturile persoanelor în vârstă (art. 25), integrarea persoanelor cu handicap (art. 26), dreptul de acces la serviciilor de plasament (art. 29); securitatea socială și asistența socială (art. 34) și cele prevăzute în plan intern, prin Constituție și alte acte normative.

Pe plan intern, conținutul dreptului la un nivel de trai decent s-a conturat în cadrul – destul de „fragil" stabilit de prevederile constituționale, de legislația secundară (de specialitate), dar și cu aportul jurisprudenței constituționale și, nu în ultimul rând, al doctrinei.

Astfel, conform art. 47 din Constituția României republicată „(1) *Statul este obligat să ia măsuri de dezvoltare economică şi de protecţie socială, de natură să asigure cetăţenilor un nivel de trai decent. (2) Cetăţenii au dreptul la pensie, la concediu de maternitate plătit, la asistenţă medicală în unităţile sanitare de stat, la ajutor de şomaj şi la alte forme de asigurări*

[5] A se vedea Irina Zlătescu, *Despre drepturile fundamentale ale omului şi cetăţeanului*, în Revista „Dreptul" nr. 7-8/1991, p. 29 şi 30.

[6] Ștefan Deaconu, *Drept constituțional*, ediția a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 227.

[7] Carta Socială Europeană Revizuită a fost semnată, inițial, în 1961 și ulterior modificată și completată, intrând în vigoare la 1 iulie 1999. România a aderat la Carta Socială Europeană prin adoptarea Legii nr. 74/4.05.1999, publicată în M.Of. nr. 193 din data de 4.05.1999.

[8] Despre conținutul dreptului la un nivel de trai decent așa cum este conturat de reglementarea Cartei Sociale Europene Revizuite – a se vedea Andrea Tabacu, *Mijloace de protecție juridică a chiriașului și a proprietarului în contextul legilor cu caracter reparatoriu*, în „*Codul civil român între tradiţie şi reformă la 140 de ani de aplicare*", Revista de Științe Juridice, p. 5.

sociale publice sau private, prevăzute de lege. Cetăţenii au dreptul şi la măsuri de asistenţă socială, potrivit legii."

Mai trebuie spus, pentru a contura cât mai exact sfera dreptului la un nivel de trai decent, că acest drept este o consecinţă a *caracterul social al statului român* (art. 1 alin. (3) din Constituţia României republicată), acesta fiind obligat să acţioneze în vederea asigurării unui nivel de viaţă decent al societăţii, prin toate mijloacele, inclusiv prin sistemul de protecţie socială (pensii, asigurări sociale de sănătate, ajutor de şomaj, alte tipusi de ajutoare sociale etc.).

Caracterul social al statului român, statuat în art. 1 alin. (3) din Constituţia României republicată, scoate în evidenţă rolul din ce în ce mai pregnant (respectiv obligaţia) al implicării statului în activitatea social-economică (organizarea economiei naţionale, sistemul de protecţie socială, sistemul finanţelor publice etc.), în scopul realizării „binelui comun" şi de a asigura tuturor cetăţenilor o participare activă şi echilibrată la beneficiul drepturilor şi libertăţilor fundamentale[9]. Prin aceasta, statul social este „formula normativă prin care, cuplând la realităţile concrete ale vieţii, constituantul tinde să contracareze imanenta şi naturala tendinţă de inegalitate care se manifestă în societate în contextul libertăţii. Ca tare, instaurarea şi conservarea unei egalităţi acceptabile socialmente reclamă intervenţie normativă"[10]. Pot fi considerate modalităţi concrete de realizare a rolului de stat social: impunerea normativă a unui salariu minim pe economie, recunoaşterea şi garantarea unor drepturi social-economice (dreptul la muncă, dreptul la învăţătură, dreptul la protecţia socială a muncii etc.); impunerea unor forme de protecţie socială (ajutor social, pensii de stat); asigurarea unui nivel de trai decent; impunerea unor obligaţii fiscale echitabile; protecţia sănătăţii publice; dreptul la un mediu sănătos etc.[11].

Sunt de remarcat o serie de modificări între art. 43 privind nivelul de trai din textul adoptat în 1991 din Constituția României și textul, devenit art. 47 după revizuirea din 2003 a Constituției. Prima concluzie care se poate desprinde este că legiuitorul constituant a înțeles că facă distincție între măsurile de asigurări sociale și măsurile de asistență socială, prin introducerea unei ultime teze la alinieatul 2. Cea de-a doua vizează lărgirea sferei măsurilor de asigurări sociale, prin garantarea accesului și la formele private de asigurări sociale. S-a conturat astfel, ca o dimensiune a dreptului la un nivel de trai decent, *dreptul la securitate socială a cetățeanului*[12].

Deoarece, textul legii fundamentale nu oferă și o definiție a „nivelului de trai decent" (ca de altfel, nici garanții specifice), a revenit doctrinei și practicii constituționale acest rol.

Doctrina a scos de cele mai multe ori în evidență caracterul preponderent social-economic, legătura acestuia cu ideea de progres economic și social și componenta financiară[13], respectiv un anumit nivel de dezvoltare economică a societății[14]. S-a susținut în literatura de specialitate că „un nivel de trai decent trebuie sau, cel puțin, ar trebui să presupună un nivel de trai care să nu aducă atingere sub nicio formă personalității și

[9] Tudor Drăganu, *Drept constituţional şi instituţii politice – tratat elementar*, vol. I, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2000, p. 354.
[10] Nicolae Scutea, *Principiul constituţional al statului de drept şi postulatul dreptăţii sociale*, articol în Revista de drept public, nr. 4/2007, p. 73.
[11] Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Drept constituţional şi instituţii politice*, vol. II, ediția 12, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 75; Ștefan Deaconu, *Instituții politice*, Ed. C.H. Beck, 2014, p. 105; Bianca Selejan-Guțan, *Drept constituțional și instituții politice*, ediția a 2-a revăzută și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 194;
[12] Mihai Constantinescu, Elena Simina Tănăsescu (coord.), *Constituția României – comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, 497.
[13] Marieta Safta, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I *Teoria generală a dreptului constituțional. Drepturi și libertăți*, Ed. Hamangiu, București, pp. 220-221.
[14] Ștefan Deaconu, *Drept constituțional*, ediția a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 226.

demnităţii oricărui individ. Aşadar, statul român a ales a garanta propriilor cetăţeni dreptul nu doar un nivel de trai suficient, ci la un nivel de trai decent, atitudine onorabilă, am puncta noi (a autorilor opiniei – n.n.), cu atât mai mult cu cât asigurarea unui astfel de nivel de trai, „mai ales în condiţiile unei economii convulsive şi tranzitorii – este o aspiraţie, realizabilă progresiv, prin măsuri de dezvoltare economică şi de protecţie socială”[15], însă greu de realizat.”[16]

Dreptul la un nivel de trai decent a făcut și obiectul atenției Curții Constituționale a României atunci când s-a pus problema exercitării de către această instituție a prerogativelor de instanță constituțională. Astfel, prin intermediul unor decizii pronunțate în cadrul controlului de constituționalitate, Curtea a avut ocazia să constate dacă anumite reglementări interne contravin sau nu textului constituțional care consacră dreptul la un nivel de trai decent[17]. Aceasteia i s-a oferit astfel ocazia de a elabora o definiție a „nivelului de trai decent” (prin raportare la art. 47 din Constituția României republicată), așa cum de altfel a definit și „statul social” (prin raportare la art. 1 alin. 3 din Constituția României republicată).

În viziunea Curții Constituționale din România definirea „nivelului de trai decent” necesită raportarea la „situaţiile avute în vedere de legiuitor”, precum şi la „reglementările internaţionale privind drepturile omului, obligatorii în temeiul art. 11 şi art. 20 din Constituţie”[18]. Astfel, trebuie înțeles ca dreptul de a beneficia de „*protejarea şi îmbunătăţirea calităţii vieţii ... atât prin reglementarea unor drepturi fundamentale ..., dar şi prin drepturi care nu au o consacrare constituţională şi care tind către acelaşi obiectiv*”. [19]

În concluzie, conținutul dreptului la un nivel de trai decent este destul de greu de conturat, având în vedere caracterul complex și deosebit.

Deosebit, considerăm noi, pentru că existența acestuia se bazează nu pe un fundament propriu și exclusiv – calitatea individului de ființă umană, ca în cazul dreptului la viață, libertății individuale, libertății conștiinței; calitatea individului de ființă socială, ca în cazul dreptului la muncă, libertatea întrunirilor, accesul la educație sau cultură, dreptul la informație; calitatea individului de ființă politică, ca în cazul drepturilor politice etc. – ci pe existența altor drepturi, unele chiar fundamentale, dar mai ales a unor mecanisme de acțiune puse exclusiv la dispoziția statului și a unui deziderat (*calitatea vieții*).

Este și un drept complex deoarece conținutul dreptului la un nivel de trai decent este, așa cum am arătat, alcătuit de fapt dintr-o serie de alte drepturi și interese legitime ale oamenilor, acordate și garantate (într-o mai mică sau mai mare măsură) de către Constituție și alte acte normative, conținut care, nu numai că poate varia considerabil de la un stat la altul, ci, în cadrul aceluiași stat, de la o perioadă la alta. Diferențele sunt, de cele mai multe ori, motivate de existența unor „*factori conjuncturali: situația economică a țării, resursele de care dispune statului în vederea atingerii acestui obiectiv, dar și de nivelul de dezvoltare al societății, gradul de cultură și civilizație ... și modul de organizare al societății*”. Aceeași „*factori conjuncturali”* sunt folosiți ca și argumente în susținerea ”*dreptului statului de a conferi un anumit conținut noțiunii de nivel de trai decent”*[20].

---

[15] Ion Deleanu, *Instituţii şi proceduri constituţionale – în dreptul comparat şi în dreptul român.Tratat*, Ed. Servo-Sat, Arad, 2003, pag.449, citat în Oana Șaramet, Cătălina Georgeta Matei, *Dreptul la un nivel de trai decent sau dreptul la un nivel de viaţă suficient?*, (http://www.uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/annales_10_2007/saramet_ro.pdf).

[16] Oana Șaramet, Cătălina Georgeta Matei, *Dreptul la un nivel de trai decent sau dreptul la un nivel de viaţă suficient?*, (http://www.uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/annales_10_2007/saramet_ro.pdf).

[17] Decizia Curții Constituționale nr. 69 din 24 noiembrie 1993, publicată în M.Of. nr. 49 din 25 februarie 1994.

[18] Decizia Curții Constituționale nr. 30 din 6 aptilie 1994, publicată în M.Of. nr. 100 din 18 aprilie 1994.

[19] Decizia Curții Constituționale nr. 765 din 15 iunie 2011, publicată în M.Of. nr. 476 din din 6 iulie 2011.

[20] Decizia Curții Constituționale nr. 765 din 15 iunie 2011, publicată în M.Of. nr. 476 din din 6 iulie 2011.

Având în vedere reglementările internaționale și cele naționale, pot fi incluse în sfera dreptului fundamental la un nivel de trai decent: dreptul la muncă și la protecția socială a muncii (art. 41 din Constituția României republicată - cu toate aspectele subsecvente: securitatea și sănătatea salariaților/lucrătorilor, salarizare echitabilă, protecția maternității, asigurarea unui salar minim pe economie, program normal de muncă, concedii etc.); dreptul copiilor și tinerilor la protecție socială (art. 49 din Constituția României republicată), dreptul la ocrotirea sănătății (art. 34 din Constituția României republicată – cu aspecte specifice precum: dreptul la asistență socială și medicală, dreptul de a beneficia de servicii sociale etc.), dreptul la securitate socială (dreptul la pensie, dreptul la șomaj, ajutoare sociale, ajutor de deces, ajutoare sociale acordate unor categorii speciale de persoane etc.), dreptul persoanelor vârstnice la protecție socială, dreptul la protecție împotriva sărăciei și excluderii sociale, dreptul la locuință, dreptul la protecție specială a persoanelor cu handicap (art. 50 din Constituția României republicată).

Analiza conținutului dreptului la un nivel de trai decent devine și mai complicată atunci când se constată că este greu de stabilit chiar conținutul elementelor subsecvente. De exemplu, în România încă nu este stabilit cadrul legislativ unitar al protecției sociale speciale a tinerilor (art. 49 din Constituția României republicată).

Din moment ce legea fundamentală nu prevede și mijloacele de realizare efectivă, se poate presupune că acest rol (sau obligația?) revine legiuitorului ordinar. Astfel, conform și opiniei Curții Constituționale revine legiuitorul sarcina ca „ ..., *în spiritul acestui text constituţional, să instituie un ansamblu de măsuri prin care statul să asigure protejarea şi îmbunătăţirea calităţii vieţii cetăţenilor atât prin reglementarea unor drepturi fundamentale, precum dreptul la securitate socială, dreptul la muncă - condiţie principală pentru un trai decent -, dreptul la o salarizare echitabilă, dreptul la protecţia sănătăţii şi altele asemenea, dar şi prin drepturi care nu au o consacrare constituţională şi care tind către acelaşi obiectiv*”.[21]

În viziunea Curții Constituționale din România, atunci când legea fundamentală nu „nominalizează expres” care sunt mijloacele de realizare, „ ... *legiuitorul este liber să aleagă, în funcţie de politica statului, de resursele financiare, de prioritatea obiectivelor urmărite şi de necesitatea îndeplinirii şi a altor obligaţii ale statului consacrate deopotrivă la nivel constituţional, care sunt măsurile prin care va asigura cetăţenilor un nivel de trai decent şi să stabilească condiţiile şi limitele acordării lor. De asemenea, va putea dispune modificarea sau chiar încetarea acordării măsurilor de protecţie socială luate, fără a fi necesar să se supună condiţiilor art.53 din Constituţie, întrucât acest text constituţional priveşte numai drepturile consacrate de Legea fundamentală, iar nu şi cele stabilite prin legi”*. Pentru că stabilirea limitelor cadrul de acțiune este totuși necesar și esențial, ../../../../dana/My Documents/Documents and SettingsuserSintact 2.0cacheLegislatietemp%22Curtea consideră că, „*deşi legiuitorul dispune de libertatea alegerii mijloacelor prin care să realizeze protecţia socială a cetăţenilor, respectarea obligaţiei de a asigura un nivel de trai decent trebuie avută în vedere în mod independent, urmărindu-se în ultimă instanţă nu numai modalitatea prin care statul realizează această obligaţie, ci şi modul în care cetăţenii reuşesc să îşi satisfacă nevoile de trai într-un anumit moment, în funcţie de resursele de care dispun*”, fără a fi totuși „*posibilă stabilirea unui standard fix, imuabil*”[22].

Deși nu sunt prevăzute de Constituție cu trimitere directă la dreptul la un nivel de trai decent, sistemul constituțional pune la dispoziție mijloace concrete de apărare a unui asemenea drept.

[21] Decizia Curții Constituționale nr. 765 din 15 iunie 2011, publicată în M.Of. nr. 476 din din 6 iulie 2011.
[22] Decizia Curții Constituționale nr. 765 din 15 iunie 2011, publicată în M.Of. nr. 476 din din 6 iulie 2011

Acestea sunt, în primul rând cele cu caracter general, aplicabile oricărui alt drept sau interes legitim: însăși reglementarea la nivel constituțional; dreptul oricărei persoane care se consideră vătămată de a cere unei instanțe judecătorești recunoașterea dreptului pretins, anularea actului și repararea pagubei; controlul constituționalității legilor; controlul parlamentar exercitat în special prin intermediul comisiilor parlamentare de specialitate (în domeniul drepturilor omului); controlul asupra legalității exercitat prin intermediul instituției Avocatului Poporului).

În al doilea rând, pot fi avute în vedere mijloacele de protecție puse la dispoziția celor interesați de legislația ordinară subsecvență sferei dreptului la un nivel de trai decent (Legea nr. 263/2010 privind sistemul unitar de pensii publice; Legea nr. 119/2010 privind stabilirea unor măsuri în domeniul pensiilor; O.U.G. nr.1/2011; O.U.G. nr. 59/2011, Legea nr. 241/2013 privind stabilirea unor măsuri în domeniul pensiilor acordate beneficiarilor proveniţi din sistemul de apărare, ordine publică şi siguranţă naţională; Legea nr 53/2003 republicata privind Codul Muncii etc.).

Tot cu ocazia desfășurării controlului de constituționale, Curtea a avut de asemenea ocazia să sesizeze diferite modalități de încălcare a acestui drept precum: refuzul pensionarilor de a fi primiți în anumite profesii[23]; modalități injuste de asezare a sarcinilor fiscale[24]; etc.

Instituția Avocatului Poporului este, poate, unul din celel mai eficiente instrumente de protecție a „ariei" dreptului la un nivel de trai decent.

În primul rând, pentru faptul că este o instituție de control și de protecție a drepturilor și libertăților cetățenilor la care aceștia au acces direct. Rezultă din rapoartele de activitate ale instituției[25], că elemente subsecvente dreptului la un nivel de trai decent, așa cum au fost prezentate mai sus, au făcut obiectul unor petiții adresate instituției, dar și a unor sesizări din oficiu: dreptul la ocrotirea sănătății (art. 34 din Constituția României republicate); dreptul la pensie și la alte forme de asigurări publice sau private, prevăzute de lege; dreptul persoanelor cu handicat; munca și protecția socială a muncii. În al doilea rând, este una dintre instituțile fundamentale ale statului care au dreptul de a sesiza Curtea Constituțională în vederea efectuării controlului de constituționalitate, în condițiile în care, în România, cetățenii nu au acces direct la instanța constituțională. În al treilea rând, poate contribui la îmbunătățirea cadrului legislativ și la îmbunătățirea aplicării și repectării acestuia prin intermediul punctelor de vedere și a recomandărilor pe care le poate formula.

Deși este adevărat că o reglementare expresă la nivel constituțional a tuturor sau chiar doar a unor elemente și particularități ale diferitelor categorii de relații sociale nu este posibilă (să nu mai vorbim de riscul de a cădea în extrema cealaltă, a unei „hiperconstituționalizări"), nu ne împiedică să remarcăm că legiutitorul constituant român a eșuat în privința dreptului la un nivel de trai decent. Nu că intenția acestuia nu ar fi una „onorabilă"[26]. Ceea ce reproșăm este faptul că nu a avut „curajul" (sau poate era nevoie doar de voință, voință concordantă cu

[23] Decizia Curții Constituționale nr. 32 din 13 aprilie 1994, publicată în M.Of. nr. 259 din 15 septembrie 1994

[24] Decizia Curții Constituționale nr. 223 din 13 martie 2012, publicată în M.Of. nr. 256 din 18 aprilie 2012 - în privința veniturilor realizate din pensii, există o unitate între modul de calcul al contribuției de asigurări de sănătate și al impozitului pe venit; Decizi Curții Constituționale nr. 1394 din 26 octombrie 2010, publicată în M.Of. nr. 863 din 22 decembrie 2010 - așezarea justă a sarcinilor fiscale trebuie să reflecte însuși principiul egalității cetățenilor în fața legii, prin impunerea unui tratament identic pentru situații identice și să țină cont, în același timp, de capacitatea contributivă a contribuabililor, luând în considerare elementele ce caracterizează situația individuală și sarcinile sociale ale acestora.

[25] http://www.avp.ro/index.php?option=com_content&view=article&id=53&Itemid=113&lang=ro (vizualizat la data de 13 septembrie 2014).

[26] Oana Șaramet, Cătălina Georgeta Matei, *Dreptul la un nivel de trai decent sau dreptul la un nivel de viață suficient?*, (http://www.uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/annales_10_2007/saramet_ro.pdf).

cea a națiunii!) de a merge mai departe și a impunere și garanțiile specifice de rang constituțional (cu toate consecințele de decurg de aici), așa cum a procedat în legătură cu alte drepturi fundamentale.

Se pare că în România, acest aspect a fost lăsat exclusiv la latitudinea legiuitorului ordinar și a executivului care pune în aplicare normativul elaborat de acesta. Dar, fără garantarea și protecția unor mecanisme de nivel constituțional este ca și când nu ar exista sau echivalent cu a „omorî în față" chiar și intenții onorabile.

În concluzie, deși, este de apreciat voința onorabilă a legiuiorului român de a ridica dreptul la un nivel de trai decent la rang de drept fundamnetal, în practică va rămâne un simplu deziderat atâta timp cât nu sunt prevăzute și garanții suficiente ale exerctării efective a acestuia (în special tot de rang constituțional) și mai ales, este lăsat totalmente la latitudinea statului rolul de a stabili conținutul acestui drept și de a-i conferii consistență, doar în funcție, și atunci când mijloacele economico-financiare i-ar permite. Iar practica ultimilor 25 de ani a demonstrat că niciodată nu sunt suficiente resurse economico-financiare.

THE THREAT OF ARMED CONFLICTS ON THE ENVIRONMENT. NUCLEAR, CHIMICAL, BIOLOGICAL AND ECOLOGICAL WEAPONS

Eugen Constantin, Assist. Prof., PhD, "Spiru Haret" University of Braşov

Abstract: In this paper I tried to establish and point out the threat of armed conflicts on the human population and the environment as well. Armed conflicts and the weapons used were the object of a serie of conventions that are aimed at limiting the right of States to use discretionary the means and methods of warfare. Taking into consideration all the conventions adopted over time in regard with armed conflicts, I consider it appropriate to present and analyze briefly the the principles, concepts, international acts and ideas adopted in time regarding this matter, in order to highlight the risk of using various weapons, as well as the addverse consequences they might bring to mankind and to the environment.

Keywords: armed conflict, principle, war, forbidden weapons, humanity.

De-a lungul timpului s-au adoptat mai multe convenţii, protocoale, legi, etc. în materia conflictelor armate. Odată cu evoluţia tehnicii şi a tehnologiei moderne, a fost imperios necesară dezvoltarea metodelor, tehnicilor, instrumentelor şi tehnologiilor utilizate de armatele fiecărui stat modern. Astfel, din convenţiile existente, pe parcurs, s-au conturat o serie de principii şi reguli fundamentale, toate constituind baza **dreptului internaţional umanitar**[1] (*suma normelor de drept internaţional, de sorginte comunitară sau convenţională, destinate a reglementa, în mod special, probleme survenite în situaţii de conflict armat internaţional sau neinternaţional*[2]).

Un prim principiu important, este **principiul necesităţii** care semnifică faptul că că statele beligerante nu au dreptul să folosească forţa dincolo de limitele strict necesare în vederea atingerii scopului urmărit (*victoria asupra inamicului, nu distrugerea lui*). Din păcate, acest principiu este de cele mai multe ori încălcat în special când luăm în calcul faptul că nu se poate analiza cu certitudine limita dincolo de care inamicul ar fi distrus, nimicit, nu numai înfrânt. Un alt principiu fundamental este **principiul umanităţii**, care constă în aceea că beligeranţii nu au voie să folosească acele forme de violenţă care nu sunt absolutamente necesare pentru obţinerea victoriei. Părţile nu au un drept nelimitat în alegerea mijloacelor şi metodelor de război.[3]

Pentru optimizarea mijloacelor şi metodelor de război, utilizarea acestora trebuie să fie diferenţiată în funcţie de obiectivele militare sau nemilitare ale adversarului, atacurile urmând să fie îndreptate doar împotriva obiectivelor militare- deci nu împotriva persoanelor sau bunurilor civile. Acest principiu subliniază ideea conform căreia, singura raţiune şi singurul scop legitim al războiului este slăbirea forţelor adverse. Războiul trebuie să fie îngrădit, limitat, în aşa fel încât să rămână doar la un nivel de afacere interstatală, interguvernamentală

[1] D. Mazilu (1998), Dreptul păcii. Tratat, Editura All Beck, Bucureşti, p. 14-15

[2] A se vedea Gr. Geamănu (1983), Drept internaţional public, vol. **II,** Editura Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, p. 440; I. Cloşcă, I. Suceavă (1992), Dreptul internaţional umanitar, Casa de Editură şi Presă „Şansa" SRL, Bucureşti, p. 11 şi urm.

[3] I. Cloşcă, I. Suceavă (1992), op. cit., p. 105

şi să nu aducă atingere vieţii sau sănătăţii oamenilor, a bunurilor materiale şi mediului în general.[4]

În secolul XX, chiar înainte de Primul Război Mondial, au existat o serie de acte internaţionale care au stabilit reguli de bază ale războiului.[5] Mai târziu, după Primul Război Mondial a fost adoptată o nouă serie de acte internaţionale cu privire la război, acte menite a introduce noi principii şi reguli în dreptul războiului, limitând astfel operaţiunile permise si cele interzise.[6] După 1945, sub egida Organizaţiei Naţiunilor Unite, au fost adoptate mai multe acte internaţionale, care interziceau genocidul, utilizarea unor anumite arme, reglementau protecţia victimelor de război şi a bunurilor culturale, etc.[7]

Din toate actele internaţionale existente de-a lungul timpului s-au conturat principii şi reguli fundamentale precum: protecţia persoanelor, victimelor de război, obiectivelor civile; interzicerea genocidului şi a anumitor arme care pot avea efecte devastatoare asupra umanităţii şi a mediului înconjurător; limitarea alegerii mijloacelor şi tehnicilor de război, etc.[8]

Războiul a reprezentat de cele mai multe ori un fenomen politico-social, cultural, economic, etc., fenomen militar sau civil, de scurtă durată sau de lungă durată, între două sau mai mult grupuri, care are loc în scopul de a realiza anumite obiective, interese ale unui grup. Conflictele armate, apărute odată cu dezvoltarea tehnicii şi tehnologiei moderne, au început să producă tot mai multe consecinţ nefaste, atât asupra omului, cât şi asupra mediului înconjurător.

Încă din timpuri străvechi s-a încercat limitarea metodelor şi tacticilor de luptă în război.[9] Totuşi, limitarea strictă, eficientă şi explicită a mijloacelor de luptă s-a făcut mult mai

---

[4] Idem, p. 106

[5] Exemplificăm: 1) Declaraţia cu privire la dreptul de război maritim, 1865, Paris; 2) Convenţia pentru îmbunătăţirea soartei militarilor răniţi din armate în campanie 1864, Geneva; 3) Declaraţia privitoare la interzicerea gloanţelor explozibile în timp de război 1868, Sankt Petersburg; 4) Convenţiile de la Prima Conferinţă de la Haga, adoptate în 1899, cu privire la reglementarea paşnică a conflictelor internaţionale, legea şi obiceiurile războiului pe uscat, aplicarea la războiul maritim a principiilor Convenţiei de la Geneva (1864); 5) Convenţiile adoptate la a doua Conferinţă internaţională a păcii de la Haga, în 1907 (în număr de 14); 6) Declaraţia cu privire la dreptul de război maritim din 1909, Conferinţa de la Londra asupra dreptului maritim.

[6] Exemplificăm: 1) Protocolul privind reglementarea paşnică a diferendelor internaţionale, din 1924, Adunarea Societăţii Naţiunilor 2) Protocolul de la Geneva cu privire la interzicerea folosirii în război a gazelor asfixiante, toxice sau similare şi a mijloacelor bacteriologice din 1925; 3) Convenţiile de la Geneva privind îmbunătăţirea soartei răniţilor şi bolnavilor din armatele în campanie (I Convenţie) şi tratamentul prizonierilor de război (a II-a Convenţie) din 1929. A se vedea şi S. Scăunaş (2001), Drept internaţional comunitar, Sibiu, Editura Burg, p. 48.

[7] Exemplificăm: 1) Convenţia pentru prevenirea şi reprimarea crimei de genocid din 1948, Adunarea Generală ONU; 2) Convenţiile de la Geneva cu privire la protecţia victimelor de război din 1949; 3) Protocolul adiţional la Convenţiile de la Geneva (1949) relativ la protecţia victimelor conflictelor armate internaţionale din 1977; 4) Protocolul adiţional la Convenţiile de ia Geneva (1949) relativ la protecţia victimelor armate neinternaţionale; 5) Convenţia pentru protecţia bunurilor culturale în caz de conflict armat din 1954, Haga; 6) Convenţia Europeană a Drepturilor Omului din 1950, Roma; 7) Convenţia asupra imprescriptibilităţii crimelor de război şi a crimelor asupra umanităţii din 1968, Adunarea Generală ONU; 8) Convenţia cu privire la interzicerea perfecţionării, procurării şi stocării armelor bacteriologice (biologice) şi toxice şi la distrugerea lor din 1972, Londra şi Washington.

[8] „*Beligeranţii n-au un drept nelimitat în alegerea mijloacelor folosite spre a provoca pierderi inamicului*"- principiu fundamental în dreptul războiului- atacurile trebuie îndreptate doar spre obiectivele cu caracter militar, nu şi civil. Obiectivul militar este „*interesul militar pe care- direct sau indirect, un obiectiv îl prezintă*" iar cel civil: bunurile civile- care pot fi: **bunuri culturale** (*constând în monumente istorice, opere de artă, locuri de cult- moştenire culturală/ spirituală a popoarelor*) şi **bunuri necesare supravieţuirii populaţiei** civile *(de ex. mijloacele de aprovizionare cu apă potabilă, lucrările de irigaţie, etc.).*- Art. 25, Protocolul 1 de la Geneva (1972).

[9]Astfel, exemplificăm: vechea codificare a lui Manu, care instituia un şir de interdicţii referitoare la folosirea în luptă a săgeţilor dinţate, otrăvite sau înflăcărate. Astfel de limitări existau şi în Evul Mediu, şi constau în

târziu, în cadrul Conferinţelor de pace de la Haga din 1899 şi 1907. În zilele noastre, există o listă de arme interzise a fi utilizate în conflictele armate pretutindeni în lume, din care enumăr cele mai importante şi periculoase arme: **armele nucleare, biologice, chimice şi ecologice.**

A. ***Armele nucleare***[10]**-** Acestea cuprind în sfera lor: ***bomba atomică*** (*care produce efecte prin fisiunea rapidă a atomilor de uraniu 235 sau de plutoniu*); ***bomba cu hidrogen*** *(numită şi termonucleară deoarece are la bază energia eliberată prin fisiunea izotopilor de hidrogen- realizată la temperaturi înalte*) şi ***bomba cu neutroni***.[11] Având în vedere faptul că efectul bombelor atomice, cele mai rudimentare, mai primitive, aruncate asupra oraşelor Hiroşima şi Nagasaki a fost, în cifre rotunde, o sută de mii de oameni pentru fiecare bombă, se poate trage concluzia că efectele unui război nuclear ar face să pălească orice alte ameninţări asupra mediului (şi, implicit, asupra omului) şi aceasta deoarece o bombă termonucleară poate avea o putere mai mare decât a tuturor explozibililor folosiţi în războaie, de când s-a inventat praful de puşcă; dar, pe lângă efectele generate de explozie şi căldură, aceste arme introduc un nou agent- radiaţia, care extinde efectele nefaste atât în spaţiu cât şi în timp.[12] Aceasta fiind realitatea, se poate spune că un război nuclear ar suprima, odată cu o parte a omenirii, şi speranţa de viaţă a generaţiilor viitoare şi a altor forme de viaţă superioară pe Terra, dacă nu cumva ar fi ultimul război,[13] după care nu se va mai putea spune care sunt învingătorii.

Statele au încercat de-a lungul timpului, să interzică armele nucleare, sens în care s-au folosit mai multe criterii pentru a adopta norme care, în loc să interzică total şi definitiv orice fabricare şi utilizare de arme nucleare şi orice experienţă nucleară, se rezumă de fapt doar la interdicţii şi limitări parţiale.[14]

---

interzicerea de a folosi otrăvuri sau arbalete în cadrul acţiunilor militare- Hotărârea Consiliului de la Latran în 1179; Apoi, în secolul XI, Biserica impune beligeranţilor regula de a nu lupta în anumite zile ale săptămânii sau de sărbători; Începând cu anul 1280, prin Codul de levi Vigaiat, adoptat în Spania se condamnau anumite metode de luptă considerate interzise, precum: otrăvirea armelor de luptă şi a surselor de apă potabilă; Secolul al XVIII-lea intră în istoria dreptului internaţional umanitar ca o perioadă în care se încheie multe tratate bilaterale între forţele armate ale diferitelor state, cu scopul de a interzice violenţa, actele de perfidie militară şi blocada- Tratatul de prietenie şi pace, încheiat la 10 septembrie 1785 între SUA şi Prusia; Mai târziu, în cadrul Congresului de la Viena (1814-1815), s-a apare noţiunea ”***neutralitate militară permanentă***”- lucru care a pus capăt unui şir lung de conflicte din Europa, etc.

[10] Gr. Geamănu (1977), Dreptul internaţional penal şi infracţiunile internaţionale, Editura Academiei Republicii Socialiste România, Bucureşti, p. 152; S. Istrate (2005), Dreptul dezarmării. Acorduri multilaterale, Editura AH Beck, Bucureşti, p. 76-93

[11] Fluxul de neutroni are efecte mortale asupra oamenilor pe o suprafaţă cu raza de 1200-1400 km. A se vedea I. Cloşcă, I. Suceavă (1992), op. cit., p. 16.

[12] I. Grigorescu (1970), Paradisul murdar, Editura Cartea Românească, p. 80; S. Ţurlea (1989), *op. cit.,* p, 224-225; C. Mandravel, M. Guţul-Văluţă (1987), Pământenii- Duşmanii Terrei, Editura Albatros, p. 38-39.

[13] C. Mandravel, M. Guţul-Văluţă (1987), op. cit., p. 39.

[14] Exemplificăm: 1) interdicţia de a efectua experienţe nucleare sau de a plasa arme nucleare în atmosferă, în spaţiul cosmic şi sub apă- Tratatul privind interzicerea **experienţelor** cu arma nucleară în **atmosferă,** în spaţiul cosmic şi sub **apă, 1963, Moscova;** 2) interdicţia de a experimenta, fabrica, produce sau achiziţiona, primi, depozita, instala, monta sau preda arme nucleare într-o anumită zonă- Tratatul vizând interzicerea armelor nucleare în America Latină din 1985**;** 3) interdicţia de a plasa pe orbită în jurul Lunii, sau pe o altă traiectorie în direcţia sau în jurul Lunii a vreunui obiect purtător de arme nucleare sau de a utiliza astfel de arme pe suprafaţa sau în solul Lunii- Tratatul ce guvernează activitatea statelor pe Lună şi pe celelalte corpuri cereşti din 1979; 4) interdicţia de a nu plasa arme nucleare în Antarctica- Tratatul asupra Antarcticii din 1951; etc.- D. Marinescu (2003), Tratat de dreptul mediului, Editura AU Beck, Bucureşti, p. 423

Declaraţia cu privire la interzicerea folosirii armelor nucleare şi termonucleare (*din 6 noiembrie 1961*) a Adunării Generale ONU condamna folosirea armelor nucleare, considerând-o o adevărată violare a legilor umanităţii[15].

Tratatul de neproliferare a armelor nucleare din 1968, 12 iunie (*intrat în vigoare în 1970*)[16] obliga statele semnatare să respecte interzicerea completă a producerii, achiziţionării, stocării, testării şi folosirii armelor nucleare.[17] Tratatul de interzicere totală a experienţelor nucleare adoptat de Adunarea Generală a Naţiunilor Unite la 10 septembrie 1996[18] se fondează pe recunoaşterea faptului că încetarea tuturor exploziilor experimentale, a armelor nucleare, precum şi ale oricărui alt tip de explozii nucleare, prin prisma dezvoltării şi a perfecţionării
armelor nucleare, precum şi prin împiedicarea proliferării de noi tipuri de arme nucleare avansate, constituie o măsură eficientă de dezarmare nucleară şi de neproliterare[19].

B. ***Arme biologice***- Armele biologice au fost definite de către Secretarul General al ONU- într-un raport intitulat „*Armele chimice şi bacteriologice şi efectele posibile ale utilizării lor*"- ca fiind *„mijloacele de luptă concepute pe bază de agenţi biologici şi utilizate în timp de război cu scopul de a cauza îmbolnăvirea sau moartea în rândul animalelor, plantelor şi oamenilor".*[20] Protocolul de la Geneva din 17 iulie 1925 cu privire la interzicerea folosirii în război a gazelor asfixiante, otrăvitoare şi alte gaze, precum şi a mijloacelor bacteriologice de război[21] este primul act internaţional ce urmăreşte ilegalizarea acestor arme. De asemenea, Convenţia cu privire la interzicerea perfecţionării, producerii şi stocării armelor bacteriologice (*biologice)* şi cu toxine (*10 iulie 1972*)[22] se întemeiază pe hotărârea exprimată chiar din preambul- a statelor părţi, de a acţiona în vederea realizării de progrese efective în direcţia dezarmării generale şi totale, inclusiv a interzicerii şi eliminării tuturor tipurilor de arme de distrugere în masă *(interzicerea dezvoltării, producerii şi stocării armelor chimice şi bacteriologice şi eliminarea lor prin măsuri eficiente facilitând realizarea dezarmării generale şi totale*).

Obligaţiile asumate de către fiecare stat parte la Convenţie sunt: 1) să nu dezvolte, producă, stocheze sau să obţină sau să reţină în alt fel: a) agenţi microbieni sau alt fel de

[15] De exemplu: folosirea armelor nucleare şi termonucleare este contrară spiritului, literei şi scopurilor Cartei Naţiunilor Unite şi constituie o violare a Cartei; folosirea armelor nucleare şi termonucleare ar depăşi necesităţile de război şi ar cauza umanităţii şi civilizaţiei suferinţe şi distrugeri şi este contrară regulilor dreptului internaţional şi legilor umanităţii; orice stat care foloseşte arme nucleare şi termonucleare violează Carta Naţiunilor Unite, acţionând cu dispreţ faţă de legile umanităţii şi săvârşind o crimă împotriva umanităţii şi civilizaţiei.

[16] România a semnat Tratatul la 1 iulie 1968 şi 1-a ratificat prin Decretul Consiliului de stat al R.S. România nr. 21 din 30 ianuarie 1970 (B. Of. al. R.S. România nr. 3 din 31 ianuarie 1970)

[17] Tratatul permite statelor părţi să dezvolte cercetarea, producţia şi folosirea energiei nucleare în scopuri paşnice (*părţile au dreptul de a participa la cel mai larg schimb posibil de echipament, materiale, informaţii ştiinţifice şi tehnologice în vederea folosirii paşnice a energiei nucleare*)- Art. IV–D. Marinescu (2003), *op. cit.*, **p.** 421

[18] Ratificat de România prin Legea nr. 152/1999 (M. Of. nr. 478 din 4 octombrie 1999)

[19] Fiecare stat parte se angajează să nu efectueze explozii experimentale cu arme nucleare sau orice alt fel de explozii nucleare, să interzică sau să împiedice orice explozie de acest tip, în orice zonă aflată sub jurisdicţia sau sub controlul său. în plus, fiecare stat parte se angajează să se abţină de la a provoca, a încuraja sau a participa în orice fel la efectuarea oricăror explozii experimentale cu arme nucleare sau a oricăror alte explozii nucleare.

[20] „*Aceste arme ... constau în utilizarea organismelor vii sau produselor lor toxice pentru cauzarea morţii, unei incapacităţi sau vătămări a omului precum şi animalelor domestice ori unor distrugeri de recolte*". Datorită efectului necontrolabil în timp şi spaţiu al efectelor biologice şi **genetice** ale acestor arme, folosirea lor în cazul unui conflict armat constituie un act îndreptat nu numai contra unui inamic sau unor inamici dar şi contra omenirii şi vieţii pe Pământ, în general. A se vedea Gr. Geamănu (1977), *op.cit.*, p. 426 şi p. 15

[21] Ratificat de România prin Decretul nr. 3050 din 1.10.1929, (M.Of. nr.128/01.10.1929)

[22] Intrată în vigoare la 26 martie 1975 (până la 1 decembrie 1990 au devenit părţi la ea 99 de state). România semnatară a Convenţiei a ratificat-o prin Decretul Consiliului de stat nr. 253/1979 (B. Of. nr. 57 din 7 iulie 1979)

agenţi biologici sau toxine, oricare ar 11 originea lor sau metoda de producere, de tipuri şi în cantităţi care nu se justifică prin scopuri profilactice, de protejare sau alte scopuri paşnice; b) arme, echipament sau mijloace de răspândire desemnate a utiliza asemenea agenţi sau toxine pentru scopuri ostile sau în conflicte armate; 2) să distrugă sau să deverseze spre scopuri paşnice, cât de curând posibil, toţi agenţii, toxinele, armele, echipamentul şi mijloacele de răspândire prevăzute anterior, care se află în posesia sa sau sub controlul sau jurisdicţia sa; 3) să nu transfere nici unui beneficiar, oricare ar fi acesta, direct sau indirect şi să nu sprijine, în nici un fel, vreun stat, grup de state sau organizaţii internaţionale, să fabrice sau să dobândească în alt fel vreunul din agenţii, toxinele, armele, echipamentul sau mijloacele de răspândire specificate la art. 1 al Convenţiei; 4) să ia, în conformitate cu prevederile constituţionale, orice măsuri necesare de interzicere şi prevenire a dezvoltării, producerii, stocării, achiziţionării sau reţinerii de agenţi, toxine, arme, echipament şi mijloace de distrugere specificate în art. 1 al Convenţiei, în cadrul teritoriului său sau în teritoriile sale aflate sub jurisdicţia sau controlul său.[23]

C. ***Armele chimice***- Sunt acele mijloace de luptă pe bază de substanţe chimice- gazoase, solide sau lichide- folosite în caz de conflict armat şi producând efecte toxice directe asupra oamenilor, animalelor sau plantelor (*sau, mai pe scurt, reprezintă mijloacele de distrugere în masă al căror efect se bazează pe folosirea proprietăţilor nocive ale substanţelor toxice*).[24] Cu efecte mai reduse, în timp şi în spaţiu, decât armele biologice, armele chimice, utilizate iniţial (în primul Război Mondial) sub formă de gaz sau fum, au cunoscut treptat o perfecţionare, atât a substanţelor chimice în sine, cât şi a mijloacelor de folosire a acestora. Armele fitotoxice (*numite şi defoliante sau ierbicide*) sunt folosite împotriva vegetaţiei- dar au efecte şi asupra oamenilor, cum este cazul ierbicidului numit ***„Agent orange"*** folosit de către armata americană în războiul din Vietnam, la sfârşitul anilor '60, care conţinea dioxină „*cea mai temută dintre toate otrăvurile neradioactive*".[25]

Protocolul de la Geneva privind interzicerea folosirii în război a gazelor asfixiante, toxice şi a mijloacelor bacteriologice (*adoptat la 14 iunie 1925*) a fost încheiat sub auspiciile Societăţii Naţiunilor. În preambul, se prevedea: „*înaltele Părţi contractante, atât timp cât nu sunt încă părţi la tratate prohibând această folosire, recunosc această interzicere, acceptă să extindă această interzicere la folosirea mijloacelor de război bacteriologic şi convin să se considere legate între ele prin termenii acestei declaraţii*".[26] Convenţia privind interzicerea producerii, dezvoltării, stocării şi utilizării armelor chimice şi distrugerea acestora[27] (semnată

[23] Art, II, III, IV. A se vedea şi Legea nr. 92/2004 privind aprobarea participării României la Grupul Australia pentru controlul exporturilor în vederea neproliferării armelor chimice şi biologice (M. Of. nr. 407 din 6 mai 2004)

[24] A se vedea I. Cloşcă, I. Suceavă (1992), op. cit., p. 110

[25] Ssubstanţa deosebit de toxică, a fost folosită în cantitate mare (aprox. 43.000.000 de litri) între ianuarie 1962 şi septembrie 1971, pe 2,02 milioane hectare de junglă- oamenii au fost afectaţi şi vegetaţia a fost distrusă.

[26] În baza acestei interdicţii parţiale, regulamentele militare ale SUA şi Marea Britanie prevăd ca fiind legală utilizarea armei chimice pentru reducerea rezistenţei unei poziţii puternic apărate. Chiar s-a afirmat că „*arma chimică, care are la bază substanţe chimice toxice şi materii ale căror efecte nu sunt mortale ci doar incapacitante, poate fi folosită, având în definitiv, un caracter mult mai uman decât multe alte mijloace de luptă*". A se vedea I. Cloşcă, I. Suceavă (1992), op. cit., p. 113.

[27] România a ratificat Convenţia prin Legea nr. 125 din 9 decembrie 1994 (M. Of. nr. 356 din 22 decembrie 1997). A se vedea Legea nr. 56/1997 pentru aplicarea prevederilor Convenţiei privind interzicerea dezvoltării, producerii, stocării şi folosirii armelor chimice şi distrugerea lor (M. Of. nr. 67 din 17 aprilie 1997) modificată şi completată prin Legea nr. 448/2003 (M. Of. nr. 828 din 22 noiembrie 2003). A se vedea şi H.G. nr. 327/2000 privind organizarea şi funcţionarea Agenţiei Naţionale de Control al Exporturilor Strategice şi al interzicerii armelor chimice (M. Of. nr. 179 din 25 aprilie 2000) – abrogată prin H.G. nr. 920/2005 privind organizarea şi funcţionarea Agenţiei Naţionale de Control al Exporturilor (M. Of. nr. 759 din 19 august 2005) modificată prin H.G. nr. 36/2006 pentru modificarea alin. 2 al art.1 din H.G. nr. 920/2005 (M. Of. nr. 47 din 19 ianuarie 2006) şi

la Geneva 1993) reprezintă o actualizare a Protocolului de la Geneva, şi are ca scop declarat „*realizarea de progrese eficiente în direcţia dezarmării generale şi complete sub control internaţional strict şi eficace, inclusiv al interzicerii şi eliminării tuturor tipurilor de arme de distrugere în masă"*[28].

D. ***Arme ecologice***- sunt special reglementate în Convenţia cu privire la interzicerea utilizării în scopuri militare sau în alte scopuri ostile a tehnicilor de modificare a mediului (adoptată de Adunarea Generală a Naţiunilor Unite la 10 decembrie 1976).[29] Art. 2 din Convenţie defineşte tehnicile de modificare a mediului ca fiind „*orice tehnică menită să schimbe- prin manipulare deliberată a proceselor naturale- dinamica sau structura Pământului, inclusiv biosfera, litosfera, hidrosfera şi atmosfera sau spaţiul extraatmosferic".* Pornind de la această definiţie se poate spune că intră în sfera tehnicilor de modificare a mediului: formarea sau dispersarea ceţei şi a norilor; producerea grindinii; modificarea proprietăţilor electrice în atmosferă, provocarea de furtuni, introducerea în atmosferă a unor câmpuri electromagnetice; producerea ploii şi zăpezii, a fulgerelor; modificări ale climatului; deteriorarea straturilor de ozon; schimbarea parametrilor electrici, fizici şi chimici ai mărilor şi oceanelor; introducerea de concentraţii de materiale radioactive în oceanul planetar; producerea de taifunuri şi cicloane; provocarea de cutremure de pământ; incendierea pe mari suprafeţe a vegetaţiei; provocarea de avalanşe şi alunecări de teren; devierea cursurilor de apă.[30]

Fiecare parte la Convenţie îşi asumă obligaţia: de a nu se angaja în utilizarea în scopuri militare sau oricare alte scopuri ostile a tehnicilor de modificare a mediului înconjurător cu efecte larg răspândite, de durată lungă sau grave, ca mijloace care provoacă distrugeri, daune sau prejudicii altui stat parte precum şi de a nu acorda asistenţă, de a nu încuraja sau incita alt stat, grup de state sau organizaţii internaţionale la angajarea în activităţi contrare prevederii anterioare (*art. 1*). Prin urmare, statele membre au dreptul: de a utiliza tehnicile de modificare a mediului, în scopuri paşnice şi de a participa la schimbul cel mai larg de informaţii ştiinţifice şi tehnologice cu privire la utilizarea în scopuri paşnice a tehnicilor de modificare a mediului *(art. 3*).[31]

Atât omenirea, cât şi mediul înconjurător au avut enorm de suferit de-a lungul timpului din cauza conflictelor armate, conflicte provocate de om însuşi, din diferite motivaţii care ţineau atât de supravieţuirea speciei, precum şi de geo-politică, religie, credinţe şi convingeri, etc. În zilele noastre, în era modernă în care trăim este necesar să cunoaştem toate riscurile existente, problemele care pot interveni şi care pot afecta pe plan principal oamenii, popoarele, iar pe plan secundar planeta noastră. Trebuie să avem în calcul toate aceste aspecte negative, dacă dorim să reuşim cu adevărat să susţinem o dezvoltare ecologică durabilă,

H.G. nr. 883/2008 pentru modificarea anexei la H.G. nr. 920/2005 privind organizarea şi funcţionarea Agenţiei Naţionale de Control al Exporturilor (M. Of. nr. 625/2008)

[28] Părţile se angajează: a) să nu dezvolte, producă, dobândească în alt mod, stocheze sau conserve arme chimice sau să transfere, direct sau indirect, arme chimice altora; b) să nu folosească arme chimice; c) să nu se angajeze în nici o pregătire militară pentru folosirea armelor chimice; d) să nu ajute, încurajeze sau determine în nici un fel, pe altcineva, să se angajeze în orice activitate interzisă unui stat parte prin Convenţie. In acelaşi timp, statele se obligă să distrugă armele chimice pe care le deţine în proprietate sau pe care le-a abandonat pe teritoriul altui stat şi orice instalaţii de producere a armelor chimice (art. 1 Obligaţii generale).

[29] A se vedea şi E. Străinu (2005), Războiul geodezic. Tehnici de modificare a mediului înconjurător în scopuri militare, Nexus Magazine, Anul I, nr. 3 (octombrie-noiembrie), p. 2 şi urm.

[30] I. Cloşcă, I. Suceavă (1992), op. cit., p. 122

[31] Cu privire la arme incendiare şi armele viitorului, A se vedea I. Cloşcă, I. Suceavă (1992), Drept internaţional umanitar, Casa de Editură şi Presă „Şansa" SRL, Bucureşti, p. 153 şi urm; D, Marinescu (2003), *op. cit.,* p. 430; Gr. Geamănu (1977), op. cit., p. 155-156.

pentru viitoarele generaţii ale Planetei. Mediul în care trăim este viu, este sfânt, şi merită atenţia, respectul şi protecţia noastră.

Bibliografie

I. Cărţi, tratate, monografii

- I. Cloşcă, I. Suceavă (1992), *Drept internaţional umanitar,* Casa de Editură şi Presă „Şansa" SRL, Bucureşti
- Gr. Geamănu (1977), *Dreptul internaţional penal şi infracţiunile internaţionale,* Editura Academiei Republicii Socialiste România, Bucureşti
- Gr. Geamănu (1983), *Drept internaţional public*, vol. II, Editura Didactică şi Pedagogică, Bucureşti
- I. Grigorescu (1970), *Paradisul murdar*, Editura Cartea Românească
- S. Istrate (2005), *Dreptul dezarmării. Acorduri multilaterale*, Editura AH Beck, Bucureşti
- C. Mandravel, M. Guţul-Văluţă (1987), *Pământenii- Duşmanii Terrei,* Editura Albatros
- D. Marinescu (2003), *Tratat de dreptul mediului*, Editura AU Beck, Bucureşti
- D. Mazilu (1998), *Dreptul păcii. Tratat,* Editura All Beck, Bucureşti
- S. Scăunaş (2001), *Drept internaţional comunitar*, Sibiu, Editura Burg

II. Articole în publicaţii de specialitate

- E. Străinu (2005), *Războiul geodezic. Tehnici de modificare a mediului înconjurător în scopuri militare*, Nexus Magazine, Anul I, nr. 3 (octombrie-noiembrie)

III. Legislaţie internaţională

- Codul de legi Vigaiat din 1280, Spania
- Convenţia pentru îmbunătăţirea soartei militarilor răniţi din armate în campanie din 1864, Geneva
- Convenţiile de la Prima Conferinţă de la Haga cu privire la reglementarea paşnică a conflictelor internaţionale, legea şi obiceiurile războiului pe uscat, aplicarea la războiul maritim a principiilor Convenţiei de la Geneva, din 1899
- Convenţiile adoptate la a doua Conferinţă internaţională a păcii din 1907, Haga
- Convenţiile de la Geneva privind îmbunătăţirea soartei răniţilor şi bolnavilor din armatele în campanie (prima Convenţie) şi tratamentul prizonierilor de război (a doua Convenţie), din 1929
- Convenţia pentru prevenirea şi reprimarea crimei de genocid din 1948, Adunarea Generală ONU
- Convenţiile de la Geneva cu privire la protecţia victimelor de război din 1949
- Protocolul adiţional la Convenţiile de la Geneva relativ la protecţia victimelor conflictelor armate internaţionale din 1977
- Convenţia pentru protecţia bunurilor culturale în caz de conflict armat, din 1954, Haga
- Convenţia Europeană a Drepturilor Omului din 1950, Roma
- Convenţia asupra imprescriptibilităţii crimelor de război şi a crimelor asupra umanităţii din 1968, Adunarea Generală ONU
- Convenţia cu privire la interzicerea perfecţionării, procurării şi stocării armelor bacteriologice (biologice) şi toxice şi la distrugerea lor din 1972, Londra şi Washington

- Declaraţia cu privire la dreptul de război maritim din 16 aprilie 1865, Paris
- Declaraţia privitoare la interzicerea gloanţelor explozibile în timp de război, din 1868, Sankt Petersburg
- Declaraţia cu privire la dreptul de război maritim din 26 februarie 1909, Conferinţa de la Londra asupra dreptului maritim
- Protocolul privind reglementarea paşnică a diferendelor internaţionale din 1924, Adunarea Societăţii Naţiunilor
- Protocolul de la Geneva cu privire la interzicerea folosirii în război a gazelor asfixiante, toxice sau similare şi a mijloacelor bacteriologice din 1925
- Protocolul 1 al Convenţiei din 1949, de la Geneva din 1972
- Tratatul de prietenie şi pace, din 1785, între SUA şi Prusia
- Tratatul de interzicere parţială a experienţelor nucleare, din 1963, Moscova
- Tratatul vizând interzicerea armelor nucleare în America Latină, din 1985
- Tratatul ce guvernează activitatea statelor pe Lună şi pe celelalte corpuri cereşti din 1979
- Tratatul asupra Antarcticii, din 1951

IV. Legislaţie naţională

- Legea nr. 125/1994 pentru ratificarea Convenţiei privind interzicerea dezvoltării, producerii, stocării şi folosirii armelor chimice şi distrugerea acestora (M. Of. nr. 356/22 decembrie 1997)
- Legea nr. 56/1997 pentru aplicarea prevederilor Convenţiei privind interzicerea dezvoltării, producerii, stocării şi folosirii armelor chimice şi distrugerea lor (M. Of. nr. 67/17 aprilie 1997) modificată şi completată prin Legea nr. 448/2003 (M. Of. nr. 828/22 noiembrie 2003)
- Legea nr. 152/1999 pentru ratificarea Tratatului de interzicere totala a experientelor nucleare (M. Of. nr. 478/4 octombrie 1999)
- Legea nr. 92/2004 privind aprobarea participării României la Grupul Australia pentru controlul exporturilor în vederea neproliferării armelor chimice şi biologice (M. Of. nr. 407/6 mai 2004)
- H.G. nr. 327/2000 privind organizarea şi funcţionarea Agenţiei Naţionale de Control al Exporturilor Strategice şi al interzicerii armelor chimice (M. Of. nr. 179/25 aprilie 2000)– abrogată prin H.G. nr. 920/2005 privind organizarea şi funcţionarea Agenţiei Naţionale de Control al Exporturilor (M. Of. nr. 759/19 august 2005) modificată prin H.G. nr. 36/2006 pentru modificarea alin. 2 al art.1 din H.G. nr. 920/2005 (M. Of. nr. 47/ 19 ianuarie 2006)
- Decretul regal nr. 3050/1929 pentru ratificarea Protocolului referitor la prohibiţia întrebuinţării în război a gazelor asfixiante, toxice sau similare şi a mijloacelor bacteriologice (M.Of. nr.128/01.10.1929)
- Decretul Consiliului de stat nr. 21/1970 pentru ratificarea Tratatului cu privire la neproliferarea armelor nucleare (B. Of. al. R.S. România nr. 3/31 ianuarie 1970)
- Decretul Consiliului de stat nr. 253/1979, privind ratificarea Convenţiei cu privire la interzicerea perfecţionării, producţiei şi stocării armelor bacteriologice (biologice) şi cu toxine şi la distrugerea lor (B. Of. nr. 57/7 iulie 1979)

THE AGE OF THE PREGNANCY UNTIL AN ABORTION CAN BE LEGALLY PERFORMED. DEBATE. CONSEQUENCES

Ancuța Elena Franț, Assistant, PhD, "Al. Ioan Cuza" University of Iași

Abstract: The legal induction of abortion requires, among other conditions, the fulfillment of the condition regarding the age of the pregnancy. Thus, abortion can be legally performed only if the pregnancy age does not exceed fourteen weeks. This condition is often difficult to verify, due to the fact that it is hard to determine the precise moment when the pregnancy begins. The debate concerning the initial moment of pregnancy is also important in establishing the legal status of the procedures that prevent the embryo to attach to the uterus; depending on which view we accept, such procedures may or may not be considered an infringement of the penal law. In our opinion, in order to find out the age of the pregnancy, the penal law should use the same methods as those used in obstetrics and gynecology. For a more accurate image on the juridical significance of the actions directed to the fetus, it is also important to determine when the pregnancy ends. Identifying this moment has consequences regarding the delimitation of the crime of Interruption of pregnancy (article 201 of the New Criminal Code – Law no. 286 of 2009) from other crimes, such as Injuring the fetus or Homicide (articles 202 and 188 of the New Criminal Code – Law no. 286 of 2009). For the identification of the final moment of pregnancy several hypotheses have been advanced. One of them considers that the pregnancy ends as soon as the baby is given birth. In another opinion, pregnancy ends when the birth process begins; some authors believe that the occurrence of birth pains marks the start of the birth process. From another point of view, it is considered that pregnancy ends when the fetus becomes viable, that is when the fetus is able to survive outside the mother's womb (albeit medical techniques are used), even if this moment is usually placed in time a few weeks before the onset of birth. We agree with the latter view, because we believe it is the best expression of the idea that the fetus is worth valueing.

Keywords: abortion, Interruption of pregnancy, Injuring the fetus, the right to life of the fetus, the New Criminal Code – Law no. 286 of 2009.

1. Importanța stabilirii vârstei sarcinii

Articolul de față analizează un aspect mai puțin dezbătut în discuțiile referitoare la avort și anume vârsta sarcinii până la care avortul ar trebui să fie incriminat, precum și modul în care poate fi determinată vârsta sarcinii. Problema stabilirii vârstei sarcinii este importantă, deoarece infracțiunea de Întrerupere a cursului sarcinii din noul Cod penal - Legea nr. 286/2009, publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009 - prevede că avortul este ilegal dacă vârsta sarcinii a depășit paisprezece săptămâni, conform art. 201, alin. 1, lit. c din noul Cod penal, care preia dispozițiile art. 185, alin. 1, lit. c din vechiul Cod penal - Legea nr. 15/1968, republicată în M. Of. nr. 65 din 16 aprilie 1997. Noile dispoziții legislative privind întreruperea cursului sarcinii sunt similare celor anterioare, cu unele diferențe, inclusiv referitoare la regimul sancționator [1]. Stabilirea vârstei sarcinii poate determina încadrarea unei fapte de avort în sfera ilicitului penal sau, dimpotrivă, o poate exclude din sfera penală. De asemenea, dezbaterile referitoare la vârsta sarcinii sunt importante pentru că aduc în

discuție problema delimitării temporale a sarcinii și a nașterii, ceea ce permite evidențierea diferențelor între infracțiuni precum Întreruperea cursului sarcinii (art. 201 din noul Cod penal), Vătămarea fătului (art. 202 din noul Cod penal), Violența în familie (art. 199 din noul Cod penal), Uciderea ori vătămarea nou-născutului săvârșită de către mamă (art. 200 din noul Cod penal).

În cele ce urmează vom analiza modul în care se poate stabili momentul inițial și momentul final al sarcinii, precum și consecințele identificării acestor momente.

2. Momentul inițial al sarcinii. Ipoteze. Consecințe

Cerința ca vârsta sarcinii să aibă sub paisprezece săptămâni pentru realizarea unui avort legal se explică prin faptul că, începând aproximativ cu cea de-a paisprezecea săptămână de sarcină, fătul, precum și anexele fetale, sunt dezvoltate suficient de mult, astfel încât realizarea unui avort implică un risc ridicat pentru femeia însărcinată [2]. Subliniem faptul că, fixând limita până la care avortul este permis la simpla cerere la paisprezece săptămâni de sarcină, legiuitorul alimentează opiniile conform cărora obiectul juridic principal al infracțiunii prin care se incriminează avortul este protejarea femeii însărcinate [3].

În ceea ce privește *momentul inițial* al sarcinii, din punct de vedere teoretic, o sarcină apare în momentul în care, în urma contopirii spermatozoidului cu ovulul, se formează oul (numit și zigot), ca urmare a fuzionării elementelor nucleare și citoplasmatice [4]. Este însă imposibil să se determine cu exactitate care este momentul fecundării. Iar din punct de vedere practic este dificil să consideri că manoperele abortive propriu-zise pot acționa chiar din acest moment, deoarece oul, nefiind fixat de pereții uterului, este independent de organismul mamei. Totuși, în acest context putem analiza efectul pe care îl produc anumite substanțe și proceduri considerate contraceptive, care, de fapt, împiedică fixarea oului de pereții uterului (nidația). Astfel, se pune problema dacă nu cumva asemenea metode și substanțe pot fi considerate abortive, din moment ce întrerup cursul normal al sarcinii. De altfel, numeroși activiști anti-avort au încercat să obțină interzicerea utilizării unor asemenea procedee care împiedică nidația [5]. Dacă am considera că aceste procedee au caracter abortiv, atunci utilizarea lor ar avea de cele mai multe ori caracter ilegal, deoarece sunt realizate, de regulă, în afara instituțiilor medicale și de către persoane care nu sunt medici de specialitate. O asemenea interpretare, corectă din punct de vedere *formal*, ar duce însă la interzicerea utilizării tuturor procedeelor contraceptive care împiedică nidația. De asemenea, dacă am lua în considerare această viziune, nimic nu ne-ar împiedica să considerăm că și substanțele anticoncepționale, care opresc ovulația femeilor, reprezintă metode abortive, deoarece opresc evoluția firească a mecanismelor care duc la apariția unei sarcini. Practic, *prin extensie, toate metodele contraceptive ar putea fi considerate ca fiind, în felul lor propriu, metode abortive*. O asemenea interpretare este însă exagerată.

Deși apreciem că, în esență, este corect să considerăm că împiedicarea nidației este o împiedicare a evoluției cursului sarcinii, credem că există anumite argumente care fac să nu fie luată în considerare, cel puțin din punct de vedere penal, această ipoteză. Astfel, cercetările din domeniul biologiei au arătat că, din totalul ovulelor fecundate, un număr relativ redus, de aproximativ o treime, pot, în condiții firești, să ducă la nașterea unor copii viabili. Restul fie nu duc la formarea unor zigoți viabili, fie nu se implantează în uter (în mod natural, fără vreo intervenție artificială), fie duc la avorturi patologice în luni mici de sarcină. Astfel, din punct de vedere biologic, puțini zigoți ajung efectiv să fie implantați în uter [6]. Atunci când se utilizează o metodă anticoncepțională care împiedică nidația, nu se poate ști dacă în mod natural acel ou nu s-ar fi implantat în uter. Astfel, există un dubiu asupra posibilității *reale* de

formare a unei sarcini viabile. Iar noi credem că acest dubiu trebuie interpretat în favoarea celor care utilizează asemenea metode, în baza principiului general de drept *in dubio pro reo.*

Subliniem însă faptul că, în doctrină, a fost sesizat aspectul sensibil privind utilizarea metodelor care împiedică nidația și s-a încercat găsirea unei soluții legislative care să scoată din sfera penalului asemenea proceduri. Astfel, în Germania, nu au semnificaţie penală actele abortive ale căror efecte s-au produs înainte de fixarea embrionului pe peretele uterului, conform art. 218, alin. 1 din Codul penal german [7].

Remarcăm faptul că este dificil să se vorbească despre provocarea intenționată a unui avort în primele săptămâni de sarcină. Până la implantarea oului în uter, nu se poate detecta prezența oului. Abia după nidație, modificările hormonale care au loc permit detectarea stării de sarcină, în primul rând de către femeia însărcinată. Totuși, în primele stadii de sarcină, modificările pot fi atât de subtile, încât nici chiar femeia să nu realizeze că este însărcinată. Pe măsura evoluției sarcinii, semnele devin din ce în ce mai vizibile, iar tehnicile medicale permit stabilirea cu certitudine a existenței unei sarcini. Ceea ce am vrut să subliniem este că perioada de debut a sarcinii contează mai puțin ca perioadă în care se realizează efectiv avortul, deoarece în această perioadă este dificil de constatat existența sarcinii. Stabilirea momentului de început al sarcinii contează însă în calcularea celor paisprezece săptămâni în care avortul este permis la simpla cerere.

Considerăm că legiuitorul penal a avut în vedere imposibilitatea de a stabili cu exactitate momentul fecundării și a luat în considerare sensul pe care medicina obstetrică și ginecologică îl dă în privința începutului sarcinii. Din punct de vedere medical, *durata sarcinii se calculează din prima zi a ultimei menstruații a femeii.* Acest mod de calculare a duratei sarcinii a fost consacrat la nivel internațional de către Organizația Mondială a Sănătății [8]. Este, evident, o convenție, pentru a putea avea un criteriu obiectiv, deoarece, așa cum am afirmat mai sus, nu se poate stabili cu certitudine când anume se produce fecundarea. Astfel, din punct de vedere medical, în calculul duratei sarcinii intră și o perioadă în care nu există încă o sarcină. Dacă are loc fecundația, ea se produce cel puțin la câteva zile după prima zi a ultimei menstruații, de regulă la aproximativ două săptămâni după această dată, când fertilitatea femeii este maximă. Credem că legiuitorul a avut în vedere interpretarea medicală și, de aceea, permite avortul la simpla cerere în primele paisprezece săptămâni de sarcină. Apreciem că intenția legiuitorului a fost să permită avortul în primul *trimestru efectiv* de sarcină, ceea ce înseamnă propriu-zis trei luni, adică *doisprezece* săptămâni de sarcină. În materializarea acestei intenții, s-a avut însă în vedere că sarcina efectivă începe de multe ori la aproximativ două săptămâni după momentul convențional ales de medicină pentru a calcula debutul sarcinii. Astfel, luând în considerare viziunea medicală, legiuitorul nostru a ales să permită avortul în primele paisprezece săptămâni de sarcină, calculate după convențiile medicale. În acest mod, întreruperea cursului sarcinii este permisă la simpla cerere a femeii însărcinate în primele 12 săptămâni (primele 3 luni) *efective* de sarcină.

3. Momentul final al sarcinii. Ipoteze. Consecințe

În ceea ce privește *momentul final* al sarcinii, acesta este important pentru a delimita infracțiunea de Întrerupere a cursului sarcinii de alte infracțiuni, precum Vătămarea fătului, Violența în familie, Uciderea ori vătămarea nou-născutului săvârșită de către mamă, Omorul sau Uciderea din culpă. Deși există controverse cu privire la dreptul la viață al fătului, este aproape unanim acceptat că, din momentul în care s-a născut, copilul are dreptul de a-și păstra viața [9]. Pare paradoxal, dar aceeași faptă de suprimare a vieții, săvârșită asupra unui făt imediat înainte de a se naște, respectiv asupra copilului, imediat după naștere, are încadrări

esențial diferite. De aceea, este important a se ști exact care este momentul în care se poate declara finalizat cursul sarcinii.

În stabilirea momentului final al sarcinii, au fost exprimate trei ipoteze. O primă ipoteză consideră că sarcina se termină o dată cu expulzarea fătului, deci la *sfârșitul* nașterii. Cea de-a doua ipoteză consideră că sarcina ia sfârșit *în momentul în care începe* procesul nașterii [10]. A treia ipoteză consideră sarcina finalizată în *momentul în care fătul devine viabil*, moment care, de regulă, are loc cu câteva săptămâni înainte de naștere.

3.1. Ipoteza conform căreia sarcina se termină la sfârșitul nașterii

Ipoteza care consideră că sarcina ia sfârșit *o dată cu expulsia fătului* are în vedere un criteriu *obiectiv*, acela al momentului în care fătul părăsește corpul mamei. Acest criteriu ia în considerare interpretarea literală a expresiei „curs al sarcinii". Astfel, dacă sarcina este perioada de dezvoltare a fătului în interiorul corpului mamei, sfârșitul sarcinii apare în momentul în care este *evident* că fătul are o existență de sine stătătoare, în afara corpului mamei. Acest criteriu nu oferă însă un răspuns satisfăcător pentru anumite ipoteze. Astfel, dacă fătul, fiind expulzat, este încă legat de corpul mamei prin cordonul ombilical (placenta nefiind eliminată), apar dubii cu privire la autonomia fătului, ori tocmai autonomia acestuia este avută în vedere drept indiciu pentru finalizarea nașterii. În plus, ipoteza lasă în incertitudine perioada situată între ieșirea copilului din uter și ieșirea sa din corpul mamei (perioada de expulsie). În lumina vechiului Cod penal, adoptarea acestui punct de vedere referitor la momentul final al sarcinii ridica probleme cu privire la încadrarea penală a unor fapte culpabile săvârșite de personalul medical care asista la o naștere, înainte ca fătul să fi fost expulzat. Dacă fapta era considerată avort, nu ar fi fost infracțiune, deoarece avortul din culpă nu era incriminat. Noul Cod penal a acoperit din punct de vedere legal această perioadă, prin includerea infracțiunii de Vătămare a fătului [11].

3.2. Ipoteza conform căreia sarcina se termină atunci când începe nașterea

Cea de a doua ipoteză consideră că sarcina ia sfârșit *în momentul în care începe procesul nașterii.* Această opinie, adoptată de o parte a literaturii juridice europene [10], are avantajul de a acoperi, din punct de vedere penal, perioada nașterii, inclusiv perioada de expulsie. Astfel, în această concepție, din momentul declanșării nașterii, orice act comisiv sau omisiv ce duce la suprimarea vieții sau la lezarea sănătății fătului va fi o infracțiune contra persoanei. Apreciem că această ipoteză are la bază ceva mai mult decât simpla nevoie de a acoperi din punct de vedere penal perioada anterioară expulsiei totale a fătului. Credem că baza pentru o asemenea ipoteză este faptul că declanșarea procesului nașterii se produce atunci când fătul este pe deplin format, deci când este pregătit pentru viața extrauterină. Astfel, a considera că fătul este o ființă umană cu drepturi depline din momentul declanșării nașterii înseamnă a da efect realității biologice. De altfel, studiile din ultimii ani au demonstrat că nașterea este declanșată și de făt, care, prin anumiți hormoni specifici, stimulează organismul mamei să producă hormonii care declanșează nașterea [12]. Infracțiunea de Vătămare a fătului din noul Cod penal reprezintă o consacrare a acestei concepții, care consideră că procesul nașterii este diferit de sarcina propriu-zisă, fătul având un statut diferit în timpul sarcinii, respectiv în timpul nașterii.

În identificarea momentului final al cursului sarcinii, înțeleasă ca proces diferit de naștere, în literatura de specialitate a fost emisă și ipoteza conform căreia sfârșitul sarcinii este momentul în care au apărut durerile nașterii [10]. Apreciem că o asemenea opinie nu corespunde realității desfășurării procesului nașterii. Durerile pot apărea cu ore sau zile înainte de nașterea propriu-zisă, fătul fiind încă dependent de corpul mamei. Noțiunea de *durere a nașterii* credem că are o sferă foarte largă de cuprindere, putând avea interpretări

subiective. Femeile percep diferit durerile naşterii. De asemenea, ceea ce în mod obişnuit se înţelege prin expresia *durere de naştere* este acea durere acută, resimţită de femeie cu relativ scurt timp înainte de naştere. Dar dureri de naştere pot fi şi acele mici senzaţii de *disconfort* resimţite cu un timp ceva mai mare înainte de naştere, senzaţii care sunt, de fapt, contracţii uterine care *fac parte* din procesul naşterii. Dacă am lua în considerare strict criteriul durerilor naşterii, asemenea mici senzaţii de disconfort nu ar avea semnificaţia finalizării cursului sarcinii, deşi, în fapt, ele indică debutul acestui proces. Considerăm că manoperele abortive, exercitate după declanşarea unor dureri ale mamei şi până la naştere, rămân sau nu în sfera faptelor de întrerupere a cursului sarcinii cu semnificaţia penală în funcţie de situaţia concretă. De altfel, practica a arătat numeroase cazuri de naşteri care au avut loc *spontan*, fără ca mama să simtă dureri intense [13]. *Din aceste motive, considerăm că momentul final al sarcinii trebuie stabilit independent de analiza noţiunii de durere de naştere*. Asta nu înseamnă că respingem ipoteza conform căreia sarcina ia sfârşit o dată cu declanşarea naşterii; susţinem doar că stabilirea momentului de sfârşit al sarcinii trebuie făcută pe baze obiective. Asemenea repere obiective apreciem că pot fi determinate printr-o expertiză medico-legală a corpului femeii care a fost însărcinată. Astfel, se poate stabili că declanşarea propriu-zisă a naşterii a avut loc la un moment anterior declanşării durerilor considerate *de naştere*, astfel încât faptele considerate iniţial de întrerupere a cursului sarcinii sunt, de fapt, acte de vătămare a fătului.

În cazul unei *naşteri prin cezariană*, în literatura juridică se apreciază că momentul final al sarcinii este cel în care medicul începe să taie abdomenul femeii însărcinate, în vederea scoaterii copilului [10]. Apreciem însă că această opinie nu acoperă şi cazurile în care deja s-a declanşat procesul naşterii naturale, iar cezariana se suprapune peste modificările corporale specifice naşterii. Astfel, apreciem că manoperele abortive realizate anterior operaţiei de cezariană (prin cezariană urmând să se scoată fătul mort din uter) pot fi încadrate ca Vătămare a fătului, dacă procesul naşterii naturale era deja început.

3.3. Ipoteza conform căreia sarcina ia sfârşit în momentul în care fătul devine viabil

Conform celei de-a treia ipoteze, a fost propus drept moment în care sarcina este finalizată *momentul în care fătul devine viabil*, deci momentul în care fătul ar putea supravieţui în afara corpului mamei [14]. Această ipoteză a fost consacrată de practica judiciară din Franţa. Astfel, într-un caz în care un şofer a provocat vătămarea corporală a unei femei însărcinate şi moartea fătului, o instanţă din Franţa l-a condamnat pe şofer pentru concurs între vătămare corporală faţă de femeie şi ucidere din culpă faţă de făt. Instanţa şi-a motivat hotărârea prin faptul că fătul era deja viabil şi, în plus, se stabilise o relaţie afectivă între femeia însărcinată şi făt. Doctrina a interpretat această decizie în sensul că se consideră că nu există deosebiri de fond între copilul nou-născut şi fătul *viabil* [15]. Observăm că, în acest caz, un element important în valorizarea fătului a fost atitudinea femeii însărcinate faţă de acesta. Într-un caz similar, o soluţie asemănătoare au pronunţat şi instanţele de judecată din Germania [16].

Apreciem că o asemenea ipoteză ar putea fi acceptată. În principiu, se consideră că naşterea este momentul în care fătul, devenit nou-născut, dobândeşte statutul de fiinţă umană cu drepturi depline. Dar, analizând în detaliu problema, observăm că ceea ce valorizăm noi aici este tocmai capacitatea fătului de a fi *autonom* faţă de corpul femeii însărcinate; această trăsătură îl face *subiect distinct* de drepturi. Există însă situaţii când nou-născuţii, din diferite motive (naştere prematură sau diverse probleme medicale) nu pot trăi decât cu ajutorul aparatelor specializate. Acest fapt nu îi face mai puţin importanţi decât un nou-născut care nu are nevoie de ajutorul tehnicii medicale pentru a supravieţui. Uciderea unui nou-născut care supravieţuieşte cu ajutorul aparatelor medicale ar fi, fără îndoială, un omor. *Aşadar, dacă valorizăm un nou-născut care nu e capabil să supravieţuiască singur, credem că ar trebui să*

valorizăm în mod egal şi un făt care e capabil să supravieţuiască singur, deşi nu este încă pus în situaţia de a trăi în afara corpului femeii însărcinate. Aceasta este o ipoteză interesantă şi justificată, care, dacă ar fi consacrată, ar evidenţia în mod clar interesul legiuitorului pentru făt.

În plus, precizăm că, din punctul de vedere al medicinii obstetrice, avortul reprezintă întreruperea cursului sarcinii până în luna a şasea de sarcină, adică atâta timp cât fătul nu este considerat viabil. După luna a şasea, întreruperea cursului sarcinii este denumită de obstetrică *naştere prematură*, fătul fiind considerat viabil [17]. Aşadar, medicina oferă deja criterii obiective pe baza cărora se poate aprecia că fătul este sau nu viabil, criterii care ar putea fi preluate de dreptul penal.

Totuşi, admitem că implementarea acestei idei s-ar lovi de o serie de dificultăţi.

În primul rând, la nivel ideologic, ar fi, într-adevăr, o schimbare majoră faţă de concepţia tradiţională, iar asta ar face ca această ipoteză să fie dificil de acceptat.

În al doilea rând, ar fi greu de stabilit o limită obiectivă pentru aprecierea viabilităţii, deoarece fetuşii au un ritm de dezvoltare diferit. Criteriile medicale, amintite mai sus, au, totuşi, o finalitate diferită faţă de reglementările penale. Iar dacă s-ar consacra stabilirea limitei de viabilitate în funcţie de fiecare situaţie concretă, s-ar crea premisele pentru abuzuri.

Efectele s-ar răsfrânge asupra posibilităţii efective de realizare a unui echilibru între dreptul femeii însărcinate de a alege şi dreptul fătului. În condiţiile date, drepturile fătului ar căpăta o pondere mai mare decât în prezent, ceea ce ar putea duce la o creştere şi mai mare a drepturilor acestuia; s-ar putea considera că o asemenea atitudine încurajează iniţiativele de înăsprire a regimului legal al avortului, fapt care credem că nu e de dorit.

Totuşi, în ciuda dificultăţilor de implementare a unei asemenea ipoteze, apreciem că ideea ar putea să dobândească efecte juridice în anumite situaţii, asemănătoare cu cele consacrate de jurisprudenţa franceză şi germană, din cazurile prezentate mai sus.

Trebuie însă *prudenţă* în stabilirea momentului dobândirii viabilităţii fătului, precum şi în stabilirea momentului de debut al sarcinii şi al celui de declanşare a naşterii, datorită consecinţelor care se pot produce în plan ideologic şi legislativ, precum şi în privinţa încadrării juridice.

BIBLIOGRAFIE

[1]. Pentru amănunte referitoare la aplicarea legii penale mai favorabile a se vedea Maria Ioana Michinici / Mihai Dunea în Tudorel Toader, Maria Ioana Michinici, Anda Crişu-Ciocîntă, Mihai Dunea, Ruxandra Răducanu, Sebastian Rădulețu, *Noul Cod penal: comentarii pe articole*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2014, pp. 19-24.

[2]. Valentin Iftenie, Alexandru Boroi, *Infracţiunile de lovire şi vătămare a integrităţii corporale sau a sănătăţii. Cadrul juridic. Aspecte medico-legale*. Ed. Juridică, Bucureşti, 2002, p. 64.

[3]. Pentru detalii, a se vedea Ancuţa Elena Franţ, „Obiectul juridic al infracţiunii de provocare ilegală a avortului", în *Analele Ştiinţifice ale Universităţii „Alexandru Ioan Cuza" din Iaşi*, seria *Ştiinţe Juridice,* nr. I/2012, pp. 21-37.

[4]. Mihai Pricop, *Curs de obstetrică şi ginecologie, vol. I: Obstetrica*, Ed. Institutul European, Iaşi, 2001, p. 22.

[5]. John C. Willke, Barbara H. Willke, *Avortul. Întrebări şi răspunsuri. Să-i iubim pe amândoi !* Ed. Provita Media, Bucureşti, 2007, p. 69.

[6]. Gregg Easterbrook, „Abortion and Brain Waves", în Robert M. Baird, Stuart E. Rosenbaum, editori, *The Ethics of Abortion: pro-life vs. pro-choice*, ediţia a treia, Prometheus Books, New York, 2001, p. 343.

[7]. Codul penal german, formă electronică, text disponibil la adresa http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm (referință din 09.10.2014).

[8]. International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, tenth revision (ICD-10), volumul 2, ediția a II-a, World Health Organization, Geneva, p. 95, formă electronică, text disponibil la adresa http://www.who.int/classifications/icd/ICD-10_2nd_ed_volume2.pdf (referință din 09.10.2014).

[9]. Pentru detalii, a se vedea Ancuța Elena Franț, „Probleme fundamentale în stabilirea statutului moral al avortului", în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza" din Iași*, seria *Științe Juridice*, nr. II/2011, pp. 13-34.

[10]. Sergiu Bogdan, *Drept Penal. Partea Specială*, ediția a III-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2009, pp. 114-116.

[11]. Pentru o analiză detaliată a infracțiunii de Vătămare a fătului a se vedea Sergiu Bogdan (coordonator), Doris Alina Șerban, George Zlati, *Noul Cod Penal. Partea Specială. Analize, explicaţii, comentarii. Perspectiva clujeană*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2014, pp. 81-92.

[12]. Gheorghe Paladi, Olga Cernețchi, *Bazele obstetricii fiziologice: manual*, volumul I, Universitatea de Stat de Medicină și Farmacie „Nicolae Testemițanu", CEP Medicina, Chișinău, 2006, pp. 329-330.

[13]. Mina Minovici, *Tratat complect de medicină legală cu legislația și jurisprudența românească și streină, vol. II, Examenul și interpretarea faptelor medicale, Omul viu-moartea*, Atelierele Grafice SOCEC & Co., Societate Anonimă, București, 1930, pp. 436-438.

[14]. Andreea Petruș, „Debutul protecției dreptului la viață", în *Caiete de Drept Penal*, nr. 4/2006, p. 93.

[15]. Radu Chiriță, „Dreptul constituțional la viață și dreptul penal" , în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai. Seria Jurisprudentia,* nr. 1/2002, p. 130.

[16]. Vasile Dobrinoiu, Mihai Adrian Hotca, Mirela Gorunescu, Maxim Dobrinoiu, Ilie Pascu, Ioan Chiș, Costică Păun, Norel Neagu, Mircea Constantin Sinescu, *Noul Cod penal comentat. Vol. 2: Partea Specială*, Ediţia a II-a, revăzută şi adăugită, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2014, p.92.

[17]. Valentin Iftenie, Dan Dermengiu, *Medicină legală*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, pp. 175-176.

Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID 141699, cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

THE SALE OF INHERITANCE. A FEW INTERESTING ASPECTS

Ilioara Genoiu, Assoc. Prof., PhD, "Valahia" University of Târgoviște

Abstract: The Civil Code regulates the sale of inheritance at articles 1747-1754, by establishing the special rules applying to it (related to form - ad validitatem and ad oposabilitatem, to the guarantee due by the seller, to the extent of the hand in duty belonging to the seller, to the object of the buyer's duties, to the responsibility for the inheritance debts or to the common law statute of the inheritance sale in respect to other alienations of it). In this context, the present work aims to point out the specific character which this type of sale has regarding the sale-purchasing contract within common law, but also to analyse and identify, obviously in a brief and essential manner, the institutions of succession law which such sale puts in discussion. For instance, it becomes useful to know the meaning of the notion of open inheritance and, implicitly, of the sanction applied for the alienation of an inheritance not opened, of the value of tacit acceptance of the sale of inheritance rights upon the inheritance or one or several assets determined out of the hereditary patrimony, but also of the legal regime of family memories (both from the perspective of their sale and their partition).

Keywords: sale contract, open inheritance, seller's duties, buyer's duties, responsibility for the inheritance debts.

1. Noţiune şi reglementare legală[1]

Codul civil în vigoare reglementează, în Secţiunea a 3-a "Vânzarea moştenirii", a Capitolului I "Contractul de vânzare", din Titlul IX "Diferite contracte speciale", Cartea a V-a „Despre obligaţii", problematica vânzării moştenirii, căreia îi afectează art. 1747-1754.

Potrivit primului alineat al celui dintâi text de lege amintit (este vorba despre art. 1747 C.civ.), „(...) *prin moştenire se înţelege dreptul de a culege o moştenire deschisă sau o cotă din aceasta*". Constatăm, astfel, că moştenirii i se atribuie, în contextul vânzării, o accepţiune diferită de cele primite în cadrul dreptului succesoral, anume aceea de *drept de moştenire*.

Potrivit dreptului comun (art. 953 C.civ.), „*Moştenirea este transmiterea patrimoniului unei persoane fizice decedate către una sau mai multe persoane în fiinţă*". În lucrările de drept succesoral[2], am arătat că definiţia legală citată, deşi limitează accepţiunile moştenirii doar la aceea de transmisiune a lăsământului succesoral, are, în opinia noastră,

[1] Cu privire la problematica vânzării moştenirii, a se vedea şi L. Mocanu, *Contractul de vânzare,* în S. Neculaescu, L. Mocanu, Gh. Gheorghiu, I. Genoiu, A. Ţuţuianu, „Instituţii de drept civil. Curs selectiv pentru licenţă",ediţia a II-a, revăzută şi adăugită, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013, pp. 364-365; L. Uţă, *Contractul de vânzare,* în P. Truşcă (coord.), „Curs selectiv pentru licenţă", Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2014, pp. 383-384; L. Stănciulescu, *Curs de drept civil. Contracte,* Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, pp. 185-187; Gh. Gheorghiu, *Contractul de vânzare,* în Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), „Noul Cod civil. Comentariu pe articole", Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2012, pp. 1791-1793; M. Gavriş, *Contractul de vânzare,* în colectiv de autori, „Noul Cod civil. Comentarii, doctrină şi jurisprudenţă", Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, pp. 98-101; D.C. Florescu, *Contractele civile în noul Cod civil,* ediţia a II-a revăzută şi adăugită, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, pp. 85-87.

[2] A se vedea: B. Pătraşcu, I. Genoiu, *Capitolul I. Dispoziţii generale. Moştenirea şi felurile ei,* în M. Uliescu (coord.), "Noul Cod civil. Studii şi comentarii", vol. II, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013, p. 567 şi urm.; I. Genoiu, *Dreptul la moştenire în Codul civil,* ediţia a 2-a, revăzută şi adăugită, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2013, p. 3 şi urm.

meritul de a permite includerea între moştenitori, şi a subiectelor colective de drept (a persoanelor juridice). Spunem aceasta, întrucât definiţiile date moştenirii de către doctrină, sub imperiul vechiului Cod civil (întrucât acest act normativ nu o definea), făceau de regulă vorbire, în ceea ce-i privea pe beneficiarii transmisiunii succesorale, de persoanele în viaţă. Părea astfel limitată sfera moştenitorilor, la persoanele fizice, deşi, cel puţin legatari, puteau fi desemnate, prin testament, şi persoanele juridice. Aşadar, o primă accepţiune a moştenirii este dată de Codul civil, în art. 953 şi este aceea de *transmisiune succesorală*.

Aşa acum am arătat, definiţia în discuţie, cuprinsă în actualul Cod civil şi redată mai sus, prezintă, în opinia noastră, inconvenientul de a reduce moştenirea numai la una dintre accepţiunile sale, anume la aceea de transmisiune succesorală. Nu este reţinut, apreciem noi, şi sensul moştenirii de *patrimoniu transmis*, de lăsământ succesoral, de masă succesorală[3]. Numeroase argumente pot fi invocate pentru reţinerea acestei semnificaţii a moştenirii, însă nu vom insista aici asupra lor, neprezentând importanţă pentru studiul de faţă[4].

O a treia şi ultima accepţiune a moştenirii, din perspectiva dreptului comun, este aceea de *materie a dreptului civil*, ce reuneşte o sumă de instituţii juridice, de interes pentru aceasta (precum: reprezentarea succesorală, nedemnitatea succesorală, testamentul, rezerva succesorală, opţiunea succesorală, partajul succesoral etc.). Evident că această accepţiune nu trebuia evidenţiată în definiţia legală a moştenirii. Codul civil a făcut mult mai mult în acest sens, întrucât, reglementând moştenirea, în Cartea a IV-a „Despre moştenire şi liberalităţi", face să existe această materie.

În contextul reglementării vânzării moştenirii, legiuitorul conferă termenului în discuţie, aşa cum am arătat, o accepţiune specială: *dreptul de a culege o moştenire deschisă sau o cotă din aceasta*. Pare astfel că moştenirea are semnificaţia unui drept subiectiv, anume acela de drept de moştenire. Putem oare vorbi despre un drept subiectiv de moştenire, atâta vreme cât art. 46 din Constituţie prevede că „*Dreptul la moştenire (s.n.: I.G.) este garantat*"? Textul constituţional, vorbind despre dreptul *la moştenire,* şi nu despre dreptul *de moştenire,* pare să fi avut în vedere masa succesorală, averea ce a aparţinut lui *de cuius*, şi nu sensul consemnat în art. 1747 alin. (1) C.civ., de drept de a culege o moştenire. Deşi poate părea surprinzător, noi tindem să credem că nu există un drept subiectiv de moştenire şi că textul legal în discuţie ar trebui înţeles în sensul de drept asupra universalităţii bunurilor celui acum decedat sau a unei fracţiuni din aceasta.

Vom reda aici, în susţinerea opiniei noastre, numai principalul argument[5]. Astfel, moştenirea legală şi cea testamentară constituie, potrivit art. 557 alin. (1) C.civ.[6], moduri de dobândire a dreptului de proprietate. Or, moştenirea (dacă avem în vedere accepţiunea ei generală) sau moştenirea legală şi cea testamentară (dacă luăm în considerare fiecare fel de moştenire) nu pot constitui, în acelaşi timp, substanţa a două drepturi subiective (drept de moştenire şi drept de proprietate). Nu ar fi raţional să considerăm că dreptul subiectiv este cel de proprietate, iar moştenirea, în oricare dintre formele sale, reprezintă numai calea, modul de dobândire a acestui drept? Am putea noi aprecia că moştenirea reprezintă şi un drept subiectiv (anume dreptul de a culege o moştenire) şi un mod de dobândire a altui drept subiectiv (în concret, a dreptului de proprietate)? Credem că răspunsul corect este negativ. De altfel, este unanim admis că moştenirea asigură unul dintre caracterele juridice ale dreptului de

[3] Sens avut în vedere de doctrină (a se vedea, spre exemplu: L. Stănciulescu, *Curs de drept civil. Succesiuni*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 16).
[4] A se vedea, pentru aceasta, B. Pătraşcu, I. Genoiu, *op. cit.*, pp. 569-570.
[5] Pentru detalii, ibidem, pp. 570-571.
[6] Potrivit art. 557 alin. (1) C.civ., „*Dreptul de proprietate se poate dobândi, în condiţiile legii, prin (...) moştenire legală sau testamentară* (...)".

proprietate, anume pe cel perpetuu, enumerat alături de caracterele exclusiv şi absolut, de art. 555 alin. (1) C.civ.

Având în vedere toate acestea, apreciem că accepţiunea dată de legiuitor moştenirii, în art. 1747 alin. (1) C.civ., nu este potrivită şi nu ar fi trebuit să fie aceea de drept de a culege o moştenire, fie ea şi deschisă, sau o cotă din aceasta, aşadar nu de drept subiectiv, ci aceea de lăsământ succesoral (sau patrimoniul succesoral ori masă succesorală), adică cea de-a doua accepţiune a moştenirii, despre care noi am făcut vorbire, din perspectiva dreptului comun.

De altfel, art. 956 C.civ. care interzice actele juridice asupra moştenirilor nedeschise, foloseşte, după părerea noastră, o exprimare corespunzătoare, vorbind despre „(...) *actele juridice având ca obiect drepturi eventuale asupra unei moşteniri nedeschise încă, precum (...) actele prin care se înstrăinează sau se promite înstrăinarea unor drepturi care s-ar putea dobândi la deschiderea moştenirii*". Aşadar, în Cartea a IV-a „Despre moştenire şi liberalităţi", legiuitorul nu vorbeşte, aşa cum procedează în Cartea a V-a „Diferite contracte speciale", despre „dreptul de a culege o moştenire", adică despre un drept subiectiv de moştenire, ci despre „drepturi eventuale asupra unei moşteniri" sau despre unele „drepturi care s-ar putea dobândi la deschiderea moştenirii". Aşadar, în art. 956 C.civ., legiuitorul nu arată că este vorba despre un drept de moştenire, ci despre unele drepturi asupra moştenirii. Credem că un asemenea drept asupra moştenirii este, aşa cum am mai arătat, cel de proprietate. Apoi, nu numai textul de lege în discuţie ne duce la această concluzie, ci şi denumirea indicativă a acestuia („Actele juridice asupra moştenirii nedeschise"), care, deşi nu are forţa juridică specifică unui text de lege, are o valoare cel puţin orientativă, întrucât este inclusă în Codul civil de către legiuitor, şi nu reprezintă opera editorului. Aşadar, din denumirea textului de lege în discuţie nu înţelegem că ar fi vorba despre acte cu privire la dreptul de moştenire, ci despre acte juridice asupra moştenirii. Se are în vedere, credem noi, accepţiunea moştenirii de patrimoniu transmis.

În continuarea analizei noţiunii vânzării moştenirii, precizăm că numai moştenirile deschise pot forma obiectul vânzării, întrucât actele juridice asupra moştenirii nedeschise sunt, în temeiul art. 956 C.civ.[7], lovite de nulitate absolută. O moştenire se deschide în momentul decesului persoanei fizice, fie că este vorba despre moarte constatată fizic, fie că aceasta este declarată pe cale judecătorească, în condiţiile art. 49-55 C.civ.[8]. Apoi, vânzarea poate privi atât universalitatea moştenirii celui decedat, cât şi o fracţiune din aceasta, adică un procent (10%, 25%, 50% etc.) sau o fracţie (1/2, 1/3, 1/4 etc.). În ipoteza în care vânzarea priveşte unul sau mai multe bunuri individual determinate din succesiunea deschisă, chiar şi totalitatea acestora, însă individualizate (enumerate), nu mai vorbim despre vânzarea moştenirii, ci despre vânzarea de drept comun (caz în care se aplică regulile generale ale vânzării)[9].

În acest context, dorim să punem în discuţie următorul aspect: în literatura de specialitate[10] se foloseşte, pentru a fi desemnată vânzarea bunurilor individualizate din

[7] Art. 956 C.civ., având denumirea indicativă „Actele juridice asupra moştenirii nedeschise", are următorul conţinut. „*Dacă prin lege nu se prevede altfel, sunt lovite de nulitate absolută actele juridice având ca obiect drepturi eventuale asupra unei moşteniri nedeschise încă, precum actele prin care se acceptă moştenirea sau se renunţă la aceasta, înainte de deschiderea ei, ori actele prin care se înstrăinează sau se promite înstrăinarea unor drepturi care s-ar putea dobândi la deschiderea moştenirii*".

[8] Pentru detalii în acest sens, a se vedea I. Genoiu, *op. cit.*, pp. 14-17.

[9] A se vedea, în acelaşi sens, şi Fr. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2001, p. 105.

[10] A se vedea în acest sens: D.C. Florescu, *op. cit.*, p. 86; L. Mocanu, *op. cit.*, p. 365; Gh. Gheorghiu, *op. cit.*, p. 1791; L. Stănciulescu, *op. cit.*, p. 186 (care foloseşte atât noţiunea de vânzare de drept comun, cât şi pe cea de vânzare pură şi simplă).

moştenirea deschisă, noţiunea de „vânzare pură şi simplă". În opinia noastră, exprimarea potrivită în acest context ar fi „vânzare de drept comun". Aceasta, întrucât vânzarea pură şi simplă reprezintă opusul vânzării afectate de modalităţi, în considerarea criteriului legăturii vânzării cu modalităţile[11]. Dacă actele juridice, în general, nu conţin nicio modalitate (termen, condiţie sau sarcină), ele sunt pure şi simple. Dimpotrivă, dacă în conţinutul acestora este inserată o modalitate, oricare ar fi aceasta, ele devin afectate de modalităţi. Or, în cazul vânzării moştenirii (evident, deschise), nu credem că este vorba despre un act juridic afectat de o modalitate, ci despre o varietate a vânzării, căreia, în virtutea acestei calificări, i se aplică unele reguli speciale, derogatorii, sub anumite aspecte, de la cele de drept comun. În susţinerea acestei afirmaţii, arătăm că Secţiunea a 4-a a Capitolului I "Contractul de vânzare", din Titlul IX "Diferite contracte speciale", al Cărţii a V-a „Despre obligaţii", ce succede secţiunii a 3-a, în care este reglementată vânzarea moştenirii, poartă denumirea „Alte varietăţi de vânzare". De aici, rezultă că tipul de vânzare reglementat în secţiunea precedentă este o varietate de vânzare, or, în secţiunea anterioară, cum tocmai am arătat, este reglementată vânzarea moştenirii. Rezultă, aşadar (şi, aşa cum am arătat, acesta nu este singurul argument în acest sens), că vânzarea unei moşteniri este o varietate de vânzare. Consecinţa unei astfel de calificări este reprezentată de faptul că vânzării moştenirii, ca de altfel oricărei varietăţi de contract (este cazul contractului de depozit[12] sau al celui de locaţiune), i se aplică, pe lângă regulile de drept comun (în speţă, ale contractului de vânzare, aşa cum este acesta reglementat în secţiunile 1-3 ale Capitolului I, din Titlul IX, Cartea a V-a din Codul civil), cele speciale, reţinute cu ocazia reglementării sale (în ceea ce ne priveşte, în art. 1747-1754).

Să fi avut oare doctrina în vedere, în momentul în care a calificat vânzarea unuia sau mai multor bunuri individual determinate dintr-o moştenire deschisă, ca fiind „vânzare pură şi simplă", că opusul acesteia, anume vânzarea moştenirii, este afectată de condiţia de a fi deschisă şi este, aşadar, o vânzare afectată de modalităţi? Chiar şi aşa, deschiderea moştenirii condiţionează însăşi validitatea vânzării acesteia (absenţa ei atrăgând nulitatea absolută a vânzării), şi nu reprezintă o condiţie suspensivă, care ar amâna, până la îndeplinirea ei, naşterea drepturilor şi obligaţiilor părţilor (contractul de vânzare fiind valabil format). Din această cauză, credem noi, art. 956 C.civ. prevede că „(...) *sunt lovite de nulitate absolută actele juridice având ca obiect drepturi eventuale asupra unei moşteniri nedeschise încă* (...)". Ori să fi fost folosit în literatura de specialitate, cu acest prilej, limbajul cotidian (vânzare pură şi simplă, fiind echivalentul unei vânzări de drept comun), în defavoarea celui tehnic, specializat (potrivit căruia vânzarea pură şi simplă este cea care nu cuprinde o modalitate)?

Apoi, credem că nimic nu împiedică părţile să insereze, chiar şi în contractul de vânzare a unei moşteniri, o modalitate, termen sau condiţie (sarcina putând fi întâlnită numai în cazul liberalităţilor). Astfel, ar fi afectată, după caz, fie executarea drepturilor şi obligaţiilor părţilor, fie chiar naşterea acestora.

În final, concluzionăm că, în opinia noastră, vânzarea unei moşteniri reprezintă o varietate a contractului de vânzare (şi nu o vânzare afectată de modalităţi), iar vânzarea unuia

[11] A se vedea Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil,* ediţia a VII-a, revăzută şi adăugită de M. Nicolae şi P. Truşcă, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2001, p. 135; A. Cojocaru, *Drept civil. Partea generală,* Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2000, p. 168; G. Boroi, C.Al. Anghelescu, *Curs de drept civil. Partea generală,* Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 124; B. Pătraşcu, I. Genoiu, *Diferite categorii de contracte*, în M. Uliescu (coord.), "Noul Cod civil. Studii şi comentarii", vol. III, partea I, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2014, pp. 91-92.

[12] A se vedea R. Postolache (coord.), *Contractul de depozit şi varietăţile acestuia,* Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010.

sau mai multor bunuri succesorale individual determinate constituie o vânzare de drept comun (şi nu una pură şi simplă).

Mai precizăm faptul că vânzarea moştenirii (varietate a vânzării, căreia, aşa cum am arătat, îi sunt aplicabile, în lipsa unor dispoziţii particulare, regulile generale ale vânzării – adică dreptul comun în materie) constituie, ea însăşi, în temeiul dispoziţiilor art. 1754 C.civ., drept comun pentru alte forme de înstrăinare a unei moşteniri, fie că aceasta se realizează cu titlu oneros, fie cu titlu gratuit. În cazul înstrăinării gratuite a moştenirii, se vor aplica, pe lângă dispoziţiile de drept comun ale vânzării moştenirii şi cele ale donaţiei. Aşadar, în cazul înstrăinării moştenirii cu titlu gratuit, trebuie avute în vedere, ca drept comun, atât regulile vânzării moştenirii, întrucât acestea au în vedere particularităţile înstrăinării unei moşteniri (ca universalitate juridică), cât şi cele ale donaţiei, deoarece înstrăinarea, în acest caz, reprezintă o liberalitate, şi nu un act cu titlu oneros.

Având în vedere toate acestea, precum şi dispoziţiile art. 1650 C.civ. (privitoare la noţiunea vânzării), putem defini vânzarea moştenirii ca fiind acea varietate a vânzării, prin care vânzătorul transmite sau, după caz, se obligă să transmită cumpărătorului proprietatea, un dezmembrământ al dreptului de proprietate sau orice alt drept asupra unei moşteniri deschise sau a unei cote din aceasta.

2. Forma vânzării moştenirii

Vânzarea de drept comun reprezintă, din punct de vedere al modului de formare, un act în principiu consensual, astfel încât simpla manifestare de voinţă a părţilor este necesară şi suficientă pentru ca actul să ia naştere în mod valabil. Numai vânzarea imobilelor trebuie realizată în formă autentică (art. 1676 C.civ.). Dimpotrivă, în cazul vânzării moştenirii, sub sancţiunea nulităţii absolute, contractul trebuie încheiat în formă autentică, indiferent că este vorba despre universalitatea moştenirii sau despre o cotă din aceasta şi de faptul că, în componenţa moştenirii, intră bunuri mobile sau imobile [art. 1747 alin. (2) C.civ.]. Forma autentică este cerută, aşadar, în acest caz, *ad validitatem.*

Alături de acest tip de formă, ce condiţionează însăşi valabilitatea contractului, vânzarea moştenirii, ce are în conţinutul său bunuri imobile, trebuie să îndeplinească şi formalităţile cerute de lege pentru opozabilitate faţă de terţi, anume înscrierea în cartea funciară. Astfel, potrivit art. 1753 alin. (1) C.civ., „*Cumpărătorul unei moşteniri nu dobândeşte drepturile reale asupra imobilelor cuprinse în moştenire decât potrivit regulilor privitoare la cartea funciară*”.

În legătură cu acest text de lege, două comentarii dorim să facem:

a) În primul rând, precizăm că este necesară înscrierea în cartea funciară a drepturilor reale succesorale imobiliare, numai în cazul dobândirii acestora prin cumpărare, şi nu în cazul obţinerii lor ca efect al moştenirii, întrucât art. 887 alin. (1) C.civ. prevede că „*Drepturile reale se dobândesc fără înscriere în cartea funciară când provin din moştenire (...)*”. Aşadar, moştenitorul legal sau testamentar al defunctului nu trebuie să realizeze formalităţile de carte funciară, pentru a dobândi drepturi reale asupra bunurilor imobile succesorale. Dacă însă acesta, moştenitor în temeiul legii sau al testamentului, înstrăinează (cu titlu oneros, în cazul nostru, întrucât analizăm problematica vânzării moştenirii) drepturi reale asupra moştenirii, în întregul său, sau asupra unei fracţiuni din aceasta, iar în componenţa ei intră bunuri imobile, cumpărătorul nu le dobândeşte decât dacă realizează formalităţile prevăzute de lege cu privire la cartea funciară.

b) Textul de lege menţionat vorbeşte despre „drepturi reale asupra imobilelor cuprinse în moştenire”, constituind astfel încă un argument pentru susţinerea opiniei, exprimată cu ocazia definirii vânzării moştenirii, potrivit căreia vânzarea nu poartă asupra dreptului de

moştenire, ci asupra moştenirii, în accepţiunea ei de patrimoniu transmis pe cale succesorală, care, evident, poate avea în componenţa lui, printre altele, şi bunuri imobile.

3. Vânzarea moştenirii – act de acceptare a tacită a succesiunii[13]

În cele ce preced, am arătat că vânzarea poate privi numai moştenirile deschise. Precizăm însă că, vânzarea moştenirii (evident, deschisă) poate fi realizată atât înainte de exercitarea de către succesibil a dreptului de opţiune succesorală, cât şi ulterior acestui moment. În cazul în care moştenitorul defunctului, legal sau testamentar (mai puţin legatarul cu titlu particular, care, dobândind unul sau mai multe bunuri individual determinate din moştenire, nu realizează, în caz de transmitere a acestora, o vânzare a moştenirii, ci una de drept comun) înstrăinează cu titlu oneros, după însuşirea titlului de moştenitor prin acceptare expresă, universalitatea moştenirii deschise ce i se cuvine sau o fracţiune din aceasta, suntem în prezenţa unei vânzări tipice a moştenirii. Dacă însă vânzarea moştenirii are loc, după deschiderea acesteia, dar mai înainte de exercitarea dreptului de opţiune succesorală, vorbim, în primul rând, despre un act de acceptare tacită a moştenirii, urmat de înstrăinarea cu titlu oneros a acesteia. Aşadar, înstrăinarea cu titlu oneros de către succesibil (persoana care îndeplineşte toate condiţiile pentru a moşteni, dar care nu a exercitat încă dreptul de opţiune succesorală) a drepturilor asupra moştenirii deschise are două semnificaţii juridice:

a) constituie (de drept), în temeiul art. 1110 alin. (1) lit. a) C.civ., un act de acceptare tacită a succesiunii;

b) reprezintă o vânzare a moştenirii.

4. Obligaţiile părţilor contractului de vânzare a moştenirii

Fiind sinalagmatic, contractul de vânzare a moştenirii presupune obligaţii reciproce şi interdependente pentru ambele părţi. În afară de obligaţiile care cad în mod obişnuit în sarcina vânzătorului şi cumpărătorului, părţile contractului de vânzare a moştenirii sunt ţinute de unele obligaţii specifice, reglementate de Codul civil, prin norme juridice cu caracter supletiv. Astfel, în ceea ce priveşte obligaţiile vânzătorului, se impun următoarele precizări:

a) Acesta garantează, în cazul în care nu specifică bunurile asupra cărora se întind drepturile sale, numai calitatea sa de moştenitor, mai puţin în cazul în care părţile au înlăturat expres şi această garanţie (art. 1748 C.civ.). Aşadar, obligaţia vânzătorului de a garanta doar calitatea sa de moştenitor este datorată, în cazul în care nu au fost precizate bunurile asupra cărora are drepturi succesorale şi numai dacă această obligaţie nu a fost înlăturată, în mod expres, prin contract. Dimpotrivă, în cazul în care bunurile succesorale ce urmează a fi vândute sunt specificate, vânzătorul va garanta pentru vicii şi evicţiune, în condiţiile dreptului comun, reprezentat de art. 1695-1715 C.civ.

b) În lipsă de stipulaţie contractuală contrară, vânzătorul este obligat, în temeiul art. 1749 C.civ., să remită cumpărătorului toate fructele pe care le-a cules şi toate plăţile primite pentru creanţele moştenirii, până la momentul încheierii contractului, preţul bunurilor vândute din moştenire şi orice bun care înlocuieşte un bun al moştenirii.

Întrucât norma juridică ce reglementează această obligaţie a vânzătorului prezintă caracter supletiv, părţile pot renunţa la ea sau pot să-i stabilească o altă întindere.

c) Cât priveşte datoriile moştenirii, răspunzător pentru plata acestora rămâne, în temeiul art. 1751 C.civ., vânzătorul, întrucât acesta este moştenitorului defunctului şi nu cumpărătorul, care numai a dobândit cu titlu oneros, de la moştenitorul vânzător, moştenirea

[13] Cu privire la acceptarea tacită a moştenirii, a se vedea şi B. Pătraşcu, I. Genoiu, *Aspectele esenţiale ale opţiunii succesorale potrivit noului Cod civil,* în M. Uliescu (coord.), *op. cit.*, pp. 932-934; I. Genoiu, *op. cit.*, pp. 295-299.

deschisă sau o fracţiune din aceasta. Drept urmare, creditorii moştenirii îl vor urmări, în vederea satisfacerii creanţelor lor, pe vânzătorul-moştenitor (întrucât acesta este succesorul universal sau cu titlu universal al defunctului, continuator al personalităţii autorului său, lui fiindu-i opozabile actele juridice anterioare făcute de cel acum decedat), şi nu pe cumpărătorul moştenirii[14].

Precizăm însă că, în sarcina cumpărătorului, Codul civil statuează, în lipsă de stipulaţie contractuală contrară, obligaţia de a rambursa vânzătorului sumele plătite de acesta din urmă pentru datoriile moştenirii. Aşadar, în cele din urmă, cel care va suporta, cu titlu de regulă, pasivul moştenirii deschise este cumpărătorul, deşi el nu va fi urmărit direct de către creditorii moştenirii. Aceştia din urmă se vor îndrepta împotriva moştenitorului – vânzător, care le va satisface creanţele, dar care, la rându-i, în lipsă de stipulaţie contractuală contrară, va fi îndreptăţit să primească de la cumpărător (întrucât acesta a dobândit universalitatea juridică, adică moştenirea) sumele plătite în acest sens.

În sarcina cumpărătorului, Codul civil statuează, prin dispoziţiile art. 1750, obligaţia de a rambursa vânzătorului sumele plătite de acesta din urmă pentru datoriile şi sarcinile moştenirii, precum şi sumele pe care moştenirea i le datorează acestuia din urmă. Aşadar, pe lângă datoriile moştenirii, cumpărătorul trebuie să ramburseze vânzătorului creanţele acestuia faţă de moştenirea înstrăinată, precum şi contravaloarea sarcinilor efectuate ale moştenirii. Ca urmare a vânzării moştenirii, renasc creanţele şi datoriile moştenitorului-vânzător faţă de aceasta, astfel încât acesta va fi îndreptăţit să-şi recupereze creanţele faţă de moştenire, dar va fi ţinut, în egală măsură, dacă este cazul, să-şi achite datoriile faţă de succesiune. Altfel spus, creanţele şi datoriile moştenitorului, stinse prin acceptarea moştenirii, renasc ca efect al vânzării acesteia.

5. Problema bunurilor care constituie amintiri de familie

Art. 1752 C.civ., având denumirea indicativă „Bunurile de familie” prevede că „(1)*Înscrisurile sau portretele de familie, decoraţiile sau alte asemenea bunuri, care nu au valoare patrimonială însemnată, dar care au pentru vânzător o valoare afectivă, se prezumă a nu fi cuprinse în moştenirea vândută. (2)Dacă aceste bunuri au valoare patrimonială însemnată, vânzătorul care nu şi le-a rezervat expres datorează cumpărătorului preţul lor la data vânzării*”.

Acest text de lege, cu o denumire nepotrivită, considerăm noi, urmăreşte să sustragă vânzării unele bunuri care sunt lipsite de valoare patrimonială, dar care prezintă semnificaţie afectivă pentru vânzător. Acestea constituie amintiri de familie şi sunt prezumate absolut a nu fi cuprinse în moştenirea vândută. Numai dacă aceste bunuri prezintă, în egală măsură, valoare afectivă şi însemnată valoare patrimonială, este necesar ca vânzătorul să şi le rezerve pentru a nu fi pretinse de către cumpărător. În cazul contrar, vânzătorul datorează cumpărătorului preţul lor la data vânzării.

Apreciem că intenţia legiuitorul de a sustrage vânzării această categorie de bunuri este justă, numai că denumirea textului de lege care reglementează acest aspect este nepotrivită. „Bunurile de familie” pot reprezenta orice bunuri care au aparţinut unei familii, şi nu numai cele cu valoare afectivă. Credem că mult mai potrivită ar fi fost în acest caz denumirea dată de legiuitor art. 1141 din Capitolul III „Amintirile de familie”, Titlul IV „Transmisiunea şi partajul moştenirii”, Cartea a IV-a „Despre moştenire şi liberalităţi”. Este vorba despre „Bunurile care constituie amintiri de familie”, denumire indicativă pe care o găsim a fi mult mai potrivită decât cea de „bunuri de familie”. De fapt, şi acest ultim text de lege urmăreşte să

[14] Pentru opinia potrivit căreia obligaţia vânzătorului de plată a datoriilor moştenirii este subsidiară celei a cumpărătorului, precum şi pentru argumentele în susţinerea acesteia, a se vedea Gh. Gheorghiu, *op. cit.,* p. 1792.

prezerve bunurile cu valoare afectivă pentru moştenitori, sustrăgându-le partajului judiciar. Acestea pot fi supuse, în puterea legii, numai partajului voluntar, iar, în ipoteza în care este imposibilă realizarea acestuia, bunurile care constituie amintiri de familie rămân în indiviziune, fiind depozitate, în interesul familiei, la unul ori mai mulţi dintre moştenitori sau într-un loc convenit de aceştia.

Comparând cele două texte de lege, care sunt cuprinse în cărţi diferite ale Codului civil, dar care urmăresc acelaşi obiectiv, anume prezervarea amintirilor de familie, constatăm, în principal, următoarele:

a) Legiuitorul foloseşte, pentru textele de lege în discuţie, denumiri indicative diferite, una dintre acestea fiind chiar nepotrivită, deşi ele fac referire la aceeaşi categorie de bunuri, anume la cea a amintirilor de familie. Este pusă astfel sub semnul întrebării, cel puţin consecvenţa terminologică a legiuitorului. Considerăm că şi art. 1752 C.civ. ar fi trebuit să poarte denumirea „Bunurile care constituie amintiri de familie".

b) Aria de cuprindere a acestei categorii de bunuri este circumscrisă diferit, fiind mai largă în cazul art. 1141 C.civ., deşi rostul celor două reglementări legale este, aşa cum am arătat, acelaşi, anume ca bunurile cu însemnătate afectivă să fie păstrate de moştenitori. Potrivit art. 1752 C.civ., fac parte din categoria amintirilor de familie, aşa cum am mai arătat, înscrisurile sau portretele de familie, decoraţiile sau alte asemenea bunuri, care nu au valoare patrimonială însemnată, dar care au pentru vânzător o valoare afectivă. În temeiul art. 1141 alin. (2) C.civ., sunt cuprinse în categoria bunurilor ce constituie amintiri de familie corespondenţa purtată de membrii familiei, arhivele familiale, decoraţiile, armele de colecţie, portretele de familie, documentele, precum şi orice alte bunuri cu semnificaţie morală deosebită pentru respectiva familie. Constatăm, astfel, că cel din urmă text de lege redat este mai cuprinzător, incluzând în categoria în discuţie mai multe clase de bunuri. Este foarte adevărat însă că art. 1752 foloseşte expresia „alte asemenea bunuri", ceea ce ne permite să considerăm a face parte din amintirile de familie, spre exemplu, şi armele de colecţie sau arhivele familiale.

c) Textul art. 1141 C.civ. nu face nicio referire la absenţa valorii patrimoniale a amintirilor de familie. Drept urmare, indiferent de valoarea portretelor sau a armelor de colecţie, spre exemplu, acestea constituie amintiri de familie şi nu pot forma obiectul unui partaj judiciar. Or, în practică, putem întâlni situaţii în care portretele de familie sau armele de colecţie să aibă o valoare patrimonială însemnată (sde pildă, portretul defunctului este realizat de un pictor celebru) şi, în puterea legii, acestea să nu poată fi partajate decât pe cale amiabilă.

Nu întâlnim, astfel, un paradox? Este firesc ca unele şi aceleaşi bunuri, spre exemplu portretele de familie cu valoare patrimonială însemnată, să poată fi „vândute" de moştenitor, în măsura în care nu şi le-a rezervat în mod expres, însă să nu poată fi partajate pe cale judiciară? Dacă, în lipsa consensului comoştenitorilor acestea rămân în indiviziune, cum ar putea unul dintre comoştenitori să le „vândă", în temeiul art. 1752 C.civ.? Nu cumva art. 1142 C.civ., ce reglementează regimul juridic al amintirilor de familie, paralizează acţiunea art. 1752 alin. (2) C.civ.?

În acest context, o discuţie putem face şi în legătură cu faptul că art. 1752 C.civ. vorbeşte despre „valoare patrimonială însemnată", ceea ce înseamnă că instanţa de judecată este cea care va aprecia dacă, într-un anumit caz, valoarea patrimonială a bunurilor ce constituie amintiri de familie este însemnată, astfel încât acestea nu sunt vizate de prezumţia de a fi păstrate de către moştenitorul-vânzător, trebuind predat cumpărătorului preţul lor la data vânzării.

d) Potrivit art. 1753 C.civ., moştenitorul-vânzător, care nu şi-a rezervat dreptul asupra bunurilor ce constituie amintiri de familie, care prezintă însemnată valoare patrimonială, datorează preţul acestora, prin raportare la data vânzării, şi nu bunurile în materialitatea lor.

Aşadar, aceste bunuri rămân la moştenitorul-vânzător, chiar dacă acestea prezintă însemnată valoare patrimonială şi nu au fost rezervate, înstrăinătorul cu titlu oneros al moştenirii datorând dobânditorului preţul acestora. Momentul prin raportare la care trebuie apreciat preţul bunurilor-amintiri de familie în discuţie nu este cel al deschiderii moştenirii, ci acela al vânzării.

În final, apreciem că cele două texte de lege, ambele imperfecte, ar trebui armonizate, atât sub aspectul denumirii lor indicative (care, credem noi, că ar trebui să fie cea a art. 1141 C.civ. – bunurile care constituie amintiri de familie), cât şi al ariei de cuprindere şi al regimului lor juridic, astfel încât să fie păstrate de către moştenitori, respectiv să fie supuse numai partajării amiabile, bunurile care au valoare sentimentală, dar care sunt lipsite de valoare patrimonială însemnată. Acele bunuri care prezintă însemnătate economică şi sentimentală, în acelaşi timp, ar trebui să poată forma obiectul partajului judiciar, respectiv al vânzării (şi, în acest caz, numai dacă moştenitorul-vânzător nu şi le rezervă în mod expres).

Concluzii

Reglementarea dată de Codul civil, în art. 1747-1754, vânzării moştenirii, deşi utilă, prezintă mai multe inconveniente, pe care le-am relevat în cele ce preced. În aceste texte de lege, sunt stabilite regulile particulare aplicabile acestei varietăţi de vânzare, însă unele aspecte, precum cele în legătură cu noţiunea vânzării moştenirii sau cu regimul juridic al amintirilor de familie sunt reglementate, apreciem noi, necorespunzător.

Bibliografie

Beleiu Gh., *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil,* ediţia a VII-a, revăzută şi adăugită de Nicolae M. şi Truşcă P., Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2001

Boroi G., Anghelescu C.Al., *Curs de drept civil. Partea generală,* Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012

Cojocaru A., *Drept civil. Partea generală,* Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2000

Deak Fr., *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2001

Florescu D.C., *Contractele civile în noul Cod civil,* ediţia a II-a revăzută şi adăugită, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

Gavriş M., *Contractul de vânzare,* în colectiv de autori, „Noul Cod civil. Comentarii, doctrină şi jurisprudenţă", Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012

Genoiu I., *Dreptul la moştenire în Codul civil,* ediţia a 2-a, revăzută şi adăugită, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2013

Gheorghiu Gh., *Contractul de vânzare,* în Baias Fl.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. (coord.), „Noul Cod civil. Comentariu pe articole", Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2012

Mocanu, L., *Contractul de vânzare,* în Neculaescu S., Mocanu L., Gheorghiu Gh., Genoiu I., Ţuţuianu A., „Instituţii de drept civil. Curs selectiv pentru licenţă", ediţia a II-a, revăzută şi adăugită, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013

Pătraşcu B., Genoiu I., *Aspectele esenţiale ale opţiunii succesorale potrivit noului Cod civil,* în Uliescu M. (coord.), "Noul Cod civil. Studii şi comentarii", vol. II, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013

Pătraşcu B., Genoiu I., *Capitolul I. Dispoziţii generale. Moştenirea şi felurile ei,* în Uliescu M, (coord.), "Noul Cod civil. Studii şi comentarii", vol. II, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013

Pătraşcu B., Genoiu I., *Diferite categorii de contracte*, în Uliescu M. (coord.), "Noul Cod civil. Studii şi comentarii", vol. III, partea I, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2014

Postolache R. (coord.), *Contractul de depozit şi varietăţile acestuia,* Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010

Stănciulescu L., *Curs de drept civil. Contracte*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012

Stănciulescu L., *Curs de drept civil. Succesiuni*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012

Uţă L., *Contractul de vânzare,* în Truşcă P. (coord.), „Curs selectiv pentru licenţă", Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2014

BRIEF CONSIDERATIONS IN DETERMINING THE MORE FAVORABLE LAW AND THE DECISION NO 265/2014 OF THE ROMANIAN CONSTITUTIONAL COURT

Iulia Boghirnea, Assist. Prof., PhD, University of Pitești

Abstract: In this paper we aim to analyze the Decision No 265/2014 of the Romanian Constitutional Court on the unconstitutionality of Art. 5 of the Criminal Code regarding the application of the more favorable law reported to the decision on solving this issue of law by the High Court of Cassation and Justice.
We shall analyze the mandatory feature of the Constitutional Court's decision related to the mandatory feature of the decision on solving certain issues of criminal law of the High Court of Cassation and Justice.

Keywords: High Court of Cassation and Justice, Constitutional Court, preliminary ruling, mandatory feature

The reviewed and republished Constitution states only for the High Court of Cassation and Justice the competence to "*provide a unitary interpretation and implementation of the law by the other courts of law*", according to Art 126 Para 3. From the interpretation of this constitutional provision we note that no other public authority can issue mandatory interpretative decisions or decisions of principle[1].

The procedure to notify the High Court of Cassation and Justice to deliver a preliminary decision solving certain matters of law is a new procedure of great interest for our legislation, being an institution borrowed from the French (Art 706-64 to 706-70 of the French Criminal Procedure Code) and similar to the procedure of preliminary questions of the Court of Justice of the European Union.

Up next we shall present a situation in which a *preliminary ruling ceased its effects* by a decision of the Constitutional Court, not because the legal text subjected to examination has been declared unconstitutional, as Art 477[1] of the Criminal Procedure Code states, but because the "interpretation"/solution of the matter of law offered by the High Court of Cassation and Justice has "unconstitutional valences".

The Bucharest Court of Appeal, based on Art 475 of the Criminal Procedure Code[2], requested, by the minute of 6 March 2014 in the case no 2390/2/2013, the High Court of Cassation ad Justice to deliver a preliminary ruling, solving the matter of law regarding the application of the most favorable criminal law for autonomous institutions, namely if the

[1] Regarding the interpretative decisions of the Constitutional Court, see the comments of B. Selejan-Guţan, *Excepţia de neconstituţionalitate, ed. a 2-a,* Bucharest, C.H. Beck Publ.-house, 2010, p. 227-235

[2] Law No 135/2010 on the Criminal Procedure Code, published in the Official Gazette of Romania, Part I, No 486/15 July 2010, with subsequent modifications and amendments. Art 475 of the Criminal Procedure Code states that "*if, during judgment, a panel of judges from the High Court of Cassation and Justice, of the court of appeal or tribunal, invested with the solution of the case as a last resort, ascertaining that there is a matter of law on whose clarification depends the solution of that case and on which the High Court of Cassation did not stated by a preliminary ruling or by a referral in the interests of the law, nor it makes the object of a pending referral in the interests of the law, shall be able to request the High Court of Cassation and Justice to rule a decision solving that matter of law for which it has been notified*".

prescription of criminal liability is or is not an independent institution to the institution of penalty.

The panel of judges for solving certain matters of law in the criminal area of the High Court of Cassation and Justice, legally constituted, complying with the procedure stated by Art 476 of the Criminal Procedure Code, and only after was required the opinion of known experts from the greatest universities of the state, as well as from the courts, established by Decision No 2/14 April 2014[3] that the institution of the prescription of criminal liability is independent to the institution of penalty, thus the application of the most favorable criminal law shall be made according to what has been decided.

Art 477 Para 3 of the Criminal Procedure Code states that "the solution given to matters of law is mandatory for the courts from the publication of the decision in the Official Gazette of Romania, Part I", namely the decision of the Supreme Court became mandatory since 30 April 2014.

The Constitutional Court notified with an exception of unconstitutionality of Art 5 of the Criminal Code, by its Decision No 265/6 May 2014[4], though it had to rule over their (un)constitutionality, interpreted them in the meaning that they have a global applicability, by choosing the provisions of a single law regarding all substantially incident institutions of law, finding that "*Art 5 of the Criminal Code is constitutional to the extent to which it does not allow the combination of successive legal provisions in the establishment and application of the more favorable criminal law*".

Art 147 Para 4 of the Romanian Constitution states that the decisions of the Constitutional Court shall be as from their publication generally binding and effective only for the future, namely from 20 May 2014.

The mandatory feature of the Constitutional Court's decision was also imposed to the panel of judges for solving certain matters of law, which cannot establish in the future another way of interpretation and application of Art 5 of the Criminal Code[5], the effects of the decision solving the debated matter of law ceasing with the publication of the Constitutional Court's decision in the Official Gazette of Romania. "*The Constitutional Court ascertains that, with the publication of the present decision in the Official Gazette of Romania, the effects of the decision no 2/14 April 2014 of the Supreme Court ceases in accordance with Art 147 Para 4 of the Romanian Constitution and with Art 477[1] of the Criminal Procedure Code*"[6].

Or, Art 147 Para 1 of the fundamental law states that the only sanction which can be ordered by the Constitutional Court shall be applicable if *a provision of the law is found to be unconstitutional*, namely the *suspension de jure*, ceasing its effects within 45 days if in the meantime the Parliament or the Government cannot bring into line the unconstitutional provision with the provisions of the Constitution.

[3] Decision No 2/14 April 2014 published in the Official Gazette of Romania, Part I, No 319/30 April 2014
[4] Published in the Official Gazette of Romania, Part I, No 372/20 May 2014
[5] The conclusions stated by the Prosecutor's Office attached to the High Court of Cassation and Justice in the case no 7/1/2014/HP/P of the High Court of Cassation and Justice regarding the solution of the matter of law having as object (1) the application of Art 5 of the Criminal Code, namely if the determination of the more favorable criminal law is made by choosing one of the successive criminal laws which shall be globally applied for the whole criminal litigation, or by choosing for each case the so-called autonomous institution of the more favorable legal provision from the successive criminal laws; (2) if it is ascertained that the more favorable criminal law is determined using the criteria of the judicial autonomous institution, it represents autonomous criminal law institutions in relation to the offence the following: the repeated offence, the concurrence of offences and the special prescription of the criminal liability, http://www.mpublic.ro/concluzii_hp/2014/c10.pdf
[6] Decision No 265/6 May 2014 of the Constitutional Court, Para 56

According to the Romanian legislator, the control for constitutionality performed by the Constitutional Court aims only the law, as a legal act of the Parliament or the normative acts with equal judicial force with that of the law. The control for legality and constitutionality of the judicial acts issued by the courts shall be performed within the judicial control, according to the material competence of the courts[7].

Further we note that Art 477[1] of the Criminal Procedure Code states that the effects of the decision regarding the matter of law subjected to a solution cease only in the next 3 cases: the repeal, the modification of the legal provision by the legislator or if the unconstitutionality of the provision is ascertained by the Constitutional Court.

But, in this case the Constitutional Court did not declared as unconstitutional the legal text, namely Art 5 of the Criminal Code, "establishing only, as interpretation, a single constitutional meaning of Art 5 of the Criminal Code"[8].

In practice, the courts have faced certain contradictions between the decisions of the Constitutional Court and those of the High Court of Cassation and Justice stated within the procedure of the referral in the interests of the law, both of them interpreting the same legal text, applicable in a pending case. Some authors[9] considered that "in this situation the courts, ascertaining the contradiction between the decision of the Constitutional Court and that of the United Section of the High Court of Cassation and Justice shall comply with the deicison of the Constitutional Court, and remove the statements of the United Sections of the High Court of Cassation and Justice".

We consider it an acceptable solution relatively to the illegal version imposed expressly by Decision No 265/2014 of the Constitutional Court ruling the termination of the effects of Decision No 2/14 April 2014 of the supreme court (mean of cessation not expressly stated by Art 477[1] of the Criminal Procedure Code), knowing that Art 147 Para 4 states that the decisions of the Constitutional Court shall be generally binding and effective only for the future, as from their publication in the Official Gazette of Romania.

We consider that as long as it is in accordance with Art 126 Para 3 of the Romanian Constitution, the High Court of Cassation and Justice, regarding the interpretation and application of the law, rules in a certain meaning, the Constitutional Court must comply with this[10], thus it will only "*add to the uncertainty that the new criminal legislation aimed by the promoted policy*" namely, *the unification of the judicial practice, with consequences on the predictability of the criminal trial*[11].

The Constitutional Court itself stated that "*the insurance of the unitary feature of the judicial practice is imposed also by the constitutional principle of equality of citizens in front of the law and public authorities, so including in front of the judicial authority, because this*

[7] I. Muraru, S. Tănăsescu, *Drept constituţional şi instituţii politice, vol. I,* C.H. Beck Publ.-house, Bucharest, 2003, p. 68; M. Andreescu, *Constituţionalitatea recursului în interesul legii şi a deciziilor pronunţate,* Sibiu *Alma Mater* University Journal No 2/2010, p. 21

[8] Decision No 265/6 May 2014 of the Constitutional Court, Para 57

[9] C. Ştefăniţă, *Modul de procedare al instanţelor judecătoreşti confruntate cu o contradicţie între o decizie a Curţii Constituţionale şi o decizie pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, în Secţiile Unite, pentru soluţionarea unui recurs în interesul legii,* in Dreptul Magazine No 4/2010, pp.119-135

[10] M.A. Hotca, *Este constituţională decizia Curţii Constituţionale privitoare la art. 5 din Codul penal?* http://www.juridice.ro/321414/este-constitutionala-decizia-curtii-constitutionale-privitoare-la-art-5-din-codul-penal-update-precizari.html

[11] N. Neagu, *Despre aplicarea globală sau pe instituţii autonome a legii penale mai favorabile: un apel la asigurarea unei practici judiciare unitare* http://www.juridice.ro/321198/despre-aplicarea-globala-sau-pe-institutii-autonome-a-legii-penale-mai-favorabile-un-apel-la-asigurarea-unei-practici-judiciare-unitare.html

principle would be seriously touched if for the application of the same law the solutions ruled by the courts would be different, or even contradictory"[12].

In the end of our paper, we quote another decision of the Constitutional Court, according to which "*the creation of the mandatory feature of the solutions given to matters of law subjected to judgment by the referral in the interests of the law provides efficiency for the constitutional role of the High Court of Cassation and Justice, thus contributing to the consolidation of the state of law*"[13].

Conclusions

We think, together with other authors[14], that it is necessary for the legislator to intervene and establish the judicial relations/force between the decisions issues based *on the control of constitutionality of the laws, ordinances, or regulations* by the Constitutional Court (in the virtue of Art 147 of the Romanian Constitution) and the decisions for solving certain matters of law by which the High Court of Cassation and Justice *interprets the laws to provide an unitary judicial practice.*

In the interpretative decision no 265/6 May 2014[15] the Constitutional Court exceeded its attributions stated by Art 147 of the reviewed and republished Romanian Constitution, namely the suspension of the enforced provisions considered unconstitutional, respectively the impossibility of entering into force of a provision declared unconstitutional before its enforcement. "*The Constitutional Court cannot impose a sanction for a judicial decision of any nature, for any court of law or for any authority, in general*"[16].

Moreover, the Constitutional Court has "entered" in the area of competence of the courts of law by interpreting a decision which in fact represented the object of an exception of unconstitutionality[17].

This paper has been financially supported within the project entitled ***"Horizon 2020 - Doctoral and Postdoctoral Studies: Promoting the National Interest through Excellence, Competitiveness and Responsibility in the Field of Romanian Fundamental and Applied Scientific Research",*** contract number POSDRU/159/1.5/S/140106. This project is co-financed by European Social Fund through Sectorial Operational Program for Human Resources Development 2007-2013 **Investing in people!**

References

Books, treaties and specialized articles

- M. Andreescu, *Constituţionalitatea recursului în interesul legii şi a deciziilor pronunţate,* Sibiu, *Alma Mater* University Journal No 2/2010

[12] Decision No 907/2007 of the Constitutional Court

[13] Decision No 221/2010 of the Constitutional Court, interpretation we consider to be extendable over the preliminary procedure.

[14] B. Selejan-Guţan, *Despre legea penală mai favorabilă şi „războiul judecătorilor". Scurte comentarii pe marginea deciziei Curţii Constituţionale nr.265/2014*, in Pandectele Romane Magazine No 6/2014, p. 64

[15] Decision No 265/6 May 2014 of the Constitutional Court published in the Official Gazette of Romania , Part I, No 372/20 May 2014

[16] B. Selejan-Guţan, *Despre legea penală mai favorabilă şi „războiul judecătorilor". Scurte comentarii pe marginea deciziei Curţii Constituţionale nr.265/2014*, *op.cit.*, p. 60

[17] M.A. Hotca, *Este constituţională decizia Curţii Constituţionale privitoare la art. 5 din Codul penal?* http://www.juridice.ro/321414/este-constitutionala-decizia-curtii-constitutionale-privitoare-la-art-5-din-codul-penal-update-precizari.html

- M.A. Hotca, *Este constituţională decizia Curţii Constituţionale privitoare la art. 5 din Codul penal?* http://www.juridice.ro/321414/este-constitutionala-decizia-curtii-constitutionale-privitoare-la-art-5-din-codul-penal-update-precizari.html
- I. Muraru, S. Tănăsescu, *Drept constituţional şi instituţii politice, vol. I,* C.H. Beck Publ.-house, Bucharest, 2003
- N. Neagu, *Despre aplicarea globală sau pe instituţii autonome a legii penale mai favorabile: un apel la asigurarea unei practici judiciare unitare* http://www.juridice.ro/321198/despre-aplicarea-globala-sau-pe-institutii-autonome-a-legii-penale-mai-favorabile-un-apel-la-asigurarea-unei-practici-judiciare-unitare.html
- B. Selejan-Guţan, *Excepţia de neconstituţionalitate, ed. a 2-a*, C.H. Beck Publ.-house, Bucharest, 2010
- B. Selejan-Guţan, *Despre legea penală mai favorabilă şi „războiul judecătorilor". Scurte comentarii pe marginea deciziei Curţii Constituţionale nr.265/2014*, in Pandectele Romane Magazine No 6/2014
- C. Ştefăniţă, *Modul de procedare al instanţelor judecătoreşti confruntate cu o contradicţie între o decizie a Curţii Constituţionale şi o decizie pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, în Secţiile Unite, pentru soluţionarea unui recurs în interesul legii,* in Dreptul Magazine No 4/2010

Legislation

- Law No 135/2010 on the Criminal Procedure Code, published in the Official Gazette of Romania, Part I, No 486/15 July 2010, with subsequent modifications and amendments

SOME CONSIDERATIONS REGARDING THE NOTIFICATION OF THE HIGH COURT OF CASSATION AND JUSTICE TO DELIVER A PRIOR DECISION FOR THE SETTLEMENT OF A LEGAL PROBLEM

Licuţa Petria, Assist. Prof., PhD, "Constantin Brâncoveanu" University of Pitești

Abstract: The notification procedure in view of a preliminary ruling may only be initiated if the requirements of admissibility regulated by the legislator in art. 519 from the New Code of Civil Procedure are cumulatively met. The provisions of art. 519 and following from the Code of Civil Procedure in force entail that the mechanism unifying legal practice may only be used if the matter of law that requires clarification leads to the settlement of the case on the substance, from the point of view of settling the legal relation representing the object of the trial. Consequently, the notification concerning the preliminary ruling for the settlement of an issue of law is only admissible if there is a close connection between the matter of law that requires clarification and the object of the case presented for judgment.

Keywords: law court, trial, matter of law, preliminary ruling, issue of law.

1.Elemente introductive

Noul Cod de procedură civilă reglementează unele instituţii procedurale noi, precum sesizarea Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie în vederea pronunţării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept,contestaţia privind tergiversarea procesului (art.522-526) şi unele proceduri speciale prevăzute pentru prima dată în legislaţia română respectiv, procedura cu privire la cererile de valoare redusă (art.1025-1032) procedura de evacuare din imobilele folosite sau ocupate fără drept (art.1033-1048), procedura privitoare la înscrierea drepturilor dobândite în temeiul uzucapiunii (art.1049-1052).

Procedura pronunţării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, este prevăzută de către legiuitorul român în Codul de procedură civilă, Cartea a II- a, Procedura contencioasă, Titlul III., Cap.II., art.519-521[1]. Mecanismul de unificare a practicii judiciare, este de un real folos instanţelor de judecată, întrucât acestea au posibilitatea să solicite Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie atunci când este cazul şi sunt îndeplinite condiţiile impuse de către legiuitorul român, pronunţarea unei hotărâri prealabile, pentru dezlegarea modului de interpretare şi aplicare a unor prevederi legale, care au o strânsă legătură cu pretenţia concretă ce formează obiectul cererii de chemare în judecată.

Clarificarea problemei de drept de care depinde soluţionarea cauzei deduse judecăţii, elimină posibilitatea interpretării şi aplicării eronate a chestiunii de drept ce necesită lămuriri, de către instanţa investită cu soluţionarea acţiunii, fapt ce duce la o rezolvare corectă a acesteia.

Sesizarea în vederea pronunţării unei hotărâri prealabile, poate fi făcută numai de către un complet de judecată al Înaltei Curţi de Casaţie si Justiţie, al curţii de apel, sau al tribunalului care soluţionează cauza în ultimă instanţă. Competenţa de soluţionare a sesizării aparţine Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie.

[1] Legea nr.134/2010, privind Codul de procedură civilă, a fost republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.545 din 3 august 2012;

2. Condiţii de sesizare a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie

Procedura de sesizare a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie în vederea pronunţării unei hotărâri prealabile, poate fi declanşată în situaţia în care sunt îndeplinite cumulativ, cerinţele prevăzute de art. 519 din Codul de procedură civilă care stipulează că "*Dacă în cursul judecăţii, un complet de judecată al Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, al curţii de apel sau al tribunalului, investit cu soluţionarea cauzei în ultimă instanţă, constatând că o chestiune de drept, de a cărei lămurire depinde soluţionarea pe fond a cauzei respective, este nouă şi asupra acesteia Înalta Curte de Csaţie şi Justiţie nu a statuat şi nu face obiectul unui recurs în interesul legii în curs de soluţionare, va putea solicita Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie să pronunţe o hotărâre prin care să se dea rezolvare de principiu chestiunii de drept cu care a fost sesizată".*

Din redactarea concretă a textului de lege enunţat, reiese că legiuitorul roman, a instituit în mod expres şi limitativ, mai multe cerinţe de admisibilitate, în vederea declanşării procedurii de sesizare a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, pentru pronunţarea unei hotărâri prealabile, care să lămurească o problemă de drept de a cărei clarificare depinde soluţionarea pe fond a cauzei.

Cerinţele prevăzute de art.519 din Codul de procedură civilă trebuie să fie îndeplinite cumulativ şi vizează următoarele aspecte:

a) să existe o cauză aflată în curs de soluţionare;
b) sesizarea să fie făcută de un complet de judecată al Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, al curţii de apel, sau al tribunalului;
c) instanţa care doreşte obţinerea unei hotărâri prealabile, să fie investită cu soluţionarea cauzei în ultimă instanţă;
d) problema de drept a cărei lămurire se solicită, să fie în strânsă legătură cu fondul cauzei (obiectul acţiunii civile);
e) problema de drept ce necesită clarificări, să fie nouă;
f) asupra chestiunii de drept, Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie nu a mai statuat printr-o altă hotărâre;
g) problema de drept ce necesită lămuriri nu face obiectul unui recurs în interesul legii în curs de soluţionare;

Ca atare, pentru deslegarea modului de interpretare şi aplicare a unor dispoziţii legale printr-o hotărâre prealabilă ce urmează a fi pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, trebuie îndeplinite cumulativ, condiţiile prezentate mai sus. Lipsa unei singure cerinţe, conduce la respingerea sesizării ca inadmisibilă.

Scopul pronunţării unei hotărâri prealabile este acela de a obţine din partea instanţei supreme o soluţie certă, ce vizează modul de interpretare a unei dispoziţii legale care nu este suficient de clară pentru a fi aplicată la o speţă concretă si de a cărei lămurire depinde soluţionarea corectă a fondului cauzei.

Prin urmare, pentru obţinerea unei hotărâri prealabile, nu este suficientă numai sesizarea instanţei supreme, ci este necesar ca sesizarea să fie raportată la cerinţele impuse de prevederile art.519 din Codul de procedură civilă, respectiv să se constate că există o cauză în curs de soluţionare, sesizarea să fie făcută de instanţa competentă, instanţa care face sesizarea să soluţioneze cauza în ultimă instanţă, problema de drept să fie nouă, asupra ei instanţa supremă să nu fi statuat, să nu facă obiectul unui recurs în interesul legii în curs de soluţiuonare, iar soluţionarea fondului cauzei să depindă de lămurirea chestiunii de drept.

Dacă sunt îndeplinite toate aceste cerinţe, sesizarea pentru pronunţarea unei hotărâri prealabile este admisibilă. În cele ce urmează, vom analiza în mod succint aceste cerinţe.

O primă cerinţă, vizează instanţa competentă să sesize Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie.

Din analiza prevederilor art.519 din Codul de procedură civilă, reiese că sesizarea Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie în vederea pronunţării unei hotărâri prealabile, poate fi făcută numai de către un complet de judecată al instanţei supreme, al curţii de apel sau al tribunalului. Întrucât legiuitorul a menţionat în mod expres instanţele care au dreptul de a face sesizarea legală, rezultă că judecătoria nu poate proceda la sesizarea Înaltei Curte de Casaţie şi Justiţie pentru pronunţarea unei hotărâri prealabile, această calitate fiind atribuită numai instanţelor nominalizate în textul de lege,aspect sesizat în mod corect şi de doctrină.

Se poate observa însă, că nu este suficientă numai competenţa uneia dintre cele trei instanţe menţionate, ci trebuie ca acestea să judece cauza în ultimă instanţă.

Ca atare, sesizarea nu poate fi formulată în cazul în care aceste instanţe judecă litigiul în primă instanţă, întrucât legiuitorul român, exclude această situaţie. Astfel, sesizarea nu poate fi formulată de un complet care soluţionează cauza în fond, dacă hotărârea este supusă, după caz, căii de atac a apelului sau recursului, şi nici de un complet care soluţionează cauza în apel, dacă hotărârea poate fi atacată cu recurs, întrucât legiuitorul precizează în mod expres faza judecăţii în care se poate sesiza instanţa supremă.

Prin urmare, în cazul în care necesitatea lămuririi chestiunii de drept intervine în faza judecăţii în primă instanţă, respectiv în primă şi ultimă instanţă, clarificarea problemei de drept ce comportă discuţii, revine instanţei investite cu soluţionarea cauzei, eventualele erori de interpretare şi/sau de aplicare, putând fi înlăturate în calea de atac dacă ea există.

O altă cerinţă prevăzută de textul de lege analizat, este cea care vizează caracterul de noutate al problemei de drept ce necesită lămuriri. Din analiza textului prevăzut de art.519 din Codul de procedură civilă, se poate observa că acesta nu reglementează si criteriile în raport de care chestiunea de drept poate fi apreciată ca fiind nouă şi prin urmare, sarcina clarificării acestui aspect, revine instanţei supreme cu ocazia analizării condiţiilor de admisibilitate a sesizării[2].

Această cerinţă trebuie avută însă în vedere în primul rând, de completul care formulează sesizarea, întrucât neîndeplinirea ei, conduce la respingerea cereii ca inadmisibilă.

Din redactarea concretă a textului de lege analizat, reiese că o problemă de drept este nouă, dacă nu a constituit obiectul unor dezbateri la nivelul instanţelor de judecată, care s-au pronunţat asupra acesteia, chiar dacă există divergenţă de păreri. Noutatea problemei de drept are în vedere faptul că acea chestiune nu a mai fost rezolvată de instanţele de judecată.

Cu privire la caracterul de noutate al chestiunii de drept, instanţa supremă a statuat printre altele că acesta ”*se pierde pe măsură ce chestiunea de drept a primit o dezlegare din partea instanţei în urma unei interpretări adecvate, iar opiniile jurisprudenţiale izolate sau cele pur subiective nu pot constitui temei declanşator al mecanismului pronunţării unei hotărâri prealabile”*[3].

Soluţia instanţei supreme este logică, întrucât nu poate fi considerată ca fiind nouă, o problemă de drept care a constituit deja obiectul unor divergenţe şi care a primit o rezolvare din partea instanţelor.

[2] A se vedea Decizia nr.1 din 17.02.2014, pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.260 din 9.04 2014; Decizia nr.2 din din 17.02. 2014, a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept ,publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.257 din 09.04.2014; Decizia nr.4 din 14.04 2014, , a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept ,publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.437 din 16.06.2014

[3] A se vedea Decizia nr.3 din 14.04.2014, a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept,publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.437 din 16.06.2014

Ca şi recursul în interesul legii[4] procedura pronunţării unei hotărâri prealabile, are rolul de a asigura interpretarea şi aplicarea unitară a dispoziţiilor legale, de către instanţele de judecată. Ambele instituţii juridice sunt mecanisme juridice menite să asigure unificarea practicii judiciare. Aceste proceduri, prezintă însă şi unele elemente de diferenţiere care se desprind cu claritate din dispoziţiile legale care le reglementează. În doctrina anterioară intrării în vigoare a Noului Cod de procedură civilă, s-a arătat că recursul în interesul legii ”*are ca scop realizarea unei jurisprudenţe unitare, pe întreg teritoriul ţării”*[5].

Un reputat doctrinar, susţinea cu privire la recursul în interesul legii că ” *obiectul principal al acestui act nu este interpretarea ci aplicarea normei corespunzătoare la situaţia concretă”* [6].

Aşa cum rezultă din reglementarea sa actuală, recursul în interesul legii, are rolul de a “*asigura interpretarea şi aplicarea unitară a legii de către toate instanţele judecătoreşti”,* Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie în sarcina căreia intră soluţionarea acestuia, pronunţându-se numai asupra probremelor de drept care au fost soluţionate diferit de instanţele judecătoreşti. Prin urmare, recursul în interesul legii are drept scop, înlăturarea unei practici neunitare intervenită la nivelul instanţelor judecătoreşti, care s-au pronunţat în mod diferit asupra unor probleme de drept (control a posteori).

Spre deosebire de recursul în interesul legii, procedura pronunţării unei hotărâri prealabile are scopul de a preveni (preîntâmpina) o practică neunitară a instanţelor de judecată în interpretarea şi aplicarea dispoziţiilor legale (control a priori).Astfel, dacă în cazul recursului în interesul legii se înlătură o practică neunitară creată la nivelul instanţelor de judecată, în cazul hotărârii prealabile, se elimină posibilitatea creerii unei practice neunitare cu privire la o problemă de drept.

Ca atare, în condiţiile în care există deja o practică neunitară la nivelul instanţelor de judecată cu privire la o anumită problemă de drept, se poate uza de prevederile care reglementează recursul în interesul legii, dacă sunt îndeplinite cerinţele prevăzute de lege, neputându-se apela la procedura pronunţării unei hotărâri prealabile, întrucât problemei de drept în discuţie îi lipseşte caracterul de noutate, aceasta primind deja o rezolvare din partea instanţelor de judecată.

O altă condiţie esenţială de admisibilitate a sesizării instanţei supreme pentru pronunţarea unei hotărâri prealabile care a făcut obiectul doctrinei, vizează existenţa unei legături între problema de drept ce trebuie lămurită şi fondul cauzei deduse judecăţii.

Cu privire la acest aspect, Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie a statuat că ”*admisibilitatea procedurii prealabile, indiferent dacă priveşte o normă de drept material sau o normă de drept procesual, este condiţionată de împrejurarea că interpretarea pe care o va da instanţa supremă să producă consecinţe juridice de natură să determine soluţionarea pe fond a cauzei”*[7].

Pornind de la acest aspect,în aceeaşi decizie, instanţa supremă a statuat că ”*hotărârea pronunţată în cadrul regulatorului de competenţă nu soluţionează fondul cauzei ci doar un incident procedural în care se stabileşte care din cele două instanţe va trebui să judece*

[4] Recursul în interesul legii a fost introdus în Codul de procedură civilă prin Legea nr.59/1993 şi este reglementat în prezent de art.514-518

[5] Ioan Leş, Tratat de drept procesual civil, Editura ALL Beck, Bucureşti 2001, p.645

[6] Ioan Deleanu, Procedură civilă II, Editura Servo-Sat, Arad,1998, p.483

[7] A se vedea Decizia nr.1 din 18 noiembrie 2013, a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.43 din 20 ianuarie 2014

potrivit dispoziţiilor legale, iar sesizarea pentru stabilirea competenţei nu reprezintă o chestiune de drept de care să depindă soluţionarea pe fond a cauzei"[8].

Având în vedere prevederile art.519 din Codul de procedură civilă care stipulează în mod expres condiţiile de admisibilitate a sesizării formulate în vederea pronunţării unei hotărâri prealabile, considerăm şi noi că sesizarea care are ca obiect determinarea instanţei competente teritorial să judece cererea de incuviinţare a executării silite imobiliare, este inadmisibilă, întrucât instanţa competentă să pronunţe hotărârea în cadrul regulatorului de competenţă nu soluţionează fondul cauzei ci doar conflictul de competenţă dintre instanţe, care este un incident procedural ce nu vizează fondul acţiunii.

Aşa cum deja s-a subliniat, scopul pronunţării unei hotărâri prealabile este acela de a se obţine o soluţie din partea instanţei supreme care să permită soluţionarea pe fond a cauzei de către instanţa care a făcut sesizarea şi care a fost investită cu soluţionarea litigiului.

Dacă lămurirea normei care necesită clarificări nu determină soluţionarea pe fond a cauzei, procedura pronunţării unei hotărâri prealabile nu poate fi utilizată, întrucât sesizarea va fi respinsă ca inadmisibilă.

Cerinţa ce vizează lipsa unei statuări a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie cu privire la chestiunea de drept şi cea referitoare la faptul că problema de drept nu trebuie să facă obiectul unui recurs în interesul legii în curs de soluţionare, nu ridică probleme de interpretare şi aplicare.Pentru a cunoaşte aceste lucruri, judecătorul trebuie să verifice cu multă atenţie aceste aspecte, pentru că o verificare superficială poate atrage neîndeplinirea condiţiilor de admisibilitate a sesizării.

Referitor la cerinţa lipsei unei statuări a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, considerăm că aceasta putea să lipsească, întrucât este legată de caracterul de noutate al chestiunii de drept puse în discuţie şi ca atare, această cerinţă nu ar fi îndeplinită dacă inastanţa supremă s-ar fi pronunţat asupra ei, iar neîndeplinirea caracterului de noutate ar duce automat la respingerea sesizării ca inadmisibilă.

Cu toate acestea, apreciem că prin menţionarea expresă a acestei condiţii, se evită sesizarea inutilă a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie care este supraaglomerată cu litigii şi totodată se elimină tergiversarea soluţionării fondului cauzei.

Prin urmare, instanţa de judecată competentă, trebuie să recurgă la acest mecanism procedural, numai în cazul în care sunt îndeplinite cumulativ cerinţele prevăzute de art.519 Cod procedură civilă, întrucât în caz contrar demersul este inutil, sesizarea fiind respinsă ca inadmisibilă. Utilizarea nejustificată a acestui mecanism procedural de unificare a practicii judiciare duce aşa cum deja am subliniat nu numai la aglomerarea instanţei supreme şi la respingerea sesizării, ci şi la tergiversarea soluţionării fondului cauzei, ceea ce nu este benefic nici pentru instanţe şi nici pentru părţi.

În ceea ce priveşte condiţia ca problema de drept să nu facă obiectul unui recurs în interesul legii în curs de soluţionare, apreciem că şi aceasta este strâns legată de cerinţa ce vizează caracterul de noutate al chestiunii de drept ce trebuie lămurită, ori dacă problema de drept a primit o rezolvare din partea instanţelor de judecată chiar dacă soluţiile sunt neunitare, considerăm că indiferent dacă s-a formulat sau nu la recurs în interesul legii, nu se poate apela la procedura pronunţării unei hotărâri prealabile, întrucât se pierde caracterul de noutate al chestiunii de drept.

Referirea leguitorului în art.520 alin.(9) din Codul de procedură civilă, la faptul că o chestiune de drept nu a fost dezlegată unitar în practica instanţelor, nu poate duce aşa cum s-a

[8] Pentru un punct de vedere contrar, a se vedea Aurelia Cotuţiu, Notă la Decizia nr.1 din 18 noiembrie 2013, a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în Dreptul nr.6/2014, pp.214-218

arătat şi în doctrină la schimbarea sau completarea condiţiilor de admisibilitate prevăzute în mod expres şi limitativ din punctul nostru de vedere, în art.519 din Codul de procedură civilă, întrucât aşa cum s-a mai menţionat, în cazul unei practici neunitare a instanţelor de judecată, înlăturarea acesteia se face numai pe calea recursului în interesul legii şi nu pe calea pronunţării unei hotărâri prealabile, care are rolul de a preântâmpina crearea unei practici neunitare la nivelul instanţelor de judecată.

Apreciem că formularea utilizată în articolul 520 alin.(9) din Codul de procedură civilă, reprezintă o scăpare a legiuitorului care nu a corelat dispoziţiile acestui articol cu cele ale art.519, întrucât din redactarea concretă a art.520 alin.(9) reiese faptul că acesta reglementează doar modul de alcătuire al completului de judecată competent să soluţioneze sesizarea.

Cu privire la acest aspect, în doctrină s-a arătat în mod corect faptul că referirea la *o chestiune de drept ce nu a fost dezlegată unitar în practica instanţelor,* interesează „*exclusiv formarea completului de judecată"*[9]. De altfel, prevederile art.519 alin. (9) din Codul de procedură civilă, nu pot fi analizate şi interpretate separat de prevederile alin.(6), (7) şi (8) ale art.519 care se referă la modul de alcătuire al completului de judecată ce urmează să soluţioneze sesizarea.

Dispoziţiile art.519 alin.(9) stabilesc procedura ce trebuie urmată cu privire la stabilirea completului de judecată, în situaţia în care la Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie nu există o secţie corespunzătoare celei în faţa căreia s-a ridicat problema de drept ce trebuie lămurită şi ca atare nu se poate considera că referirea legiuitorului la *o chestiune de drept ce nu a fost dezlegată unitar în practica instanţelor,* schimbă sau completează condiţiile de admisibilitate stabilite de art.519 Cod procedură civilă, întrucât dispoziţiile care reglementează recursul în interesul legii, ar rămâne fără efect.

Sesizarea Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie în vederea pronunţării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, se face de completul de judecată competent, dacă sunt îndeplinite condiţiile de admisibilitate prevăzute la art.519 din Codul de procedură civilă, prin încheiere, care nu este supusă nici unei căi de atac.

Instanţa în faţa căreia s-a ivit problema de drept ce necesită lămuriri, pune în discuţia părţilor admisibilitatea sesizării instanţei supreme în vederea pronunţării unei hotărâri prealabile pentru lămurirea modului de interpretare şi aplicare a prevederilor legale ce necesită clarificări fără de care nu s-ar putea realiza soluţionarea corectă a cauzei deduse judecăţii.

Sesizarea instanţei supreme poate avea ca obiect numai o chestiune de drept de a cărei clarificare depinde soluţionarea pe fond a cauzei deduse judecăţii, întrucât prin pronunţarea unei hotărâri prealabile nu se urmăreşte obţinerea unei soluţii asupra fondului cauzei.ci numai lămurirea unei probleme de drept fără de care soluţionarea litigiului nu s-ar putea face în mod corespunzător.

Încheierea de sesizare a instanţei supreme, va cuprinde argumentele care susţin admisibilitatea sesizării, punctul de vedere al completului de judecată în faţa căruia s-a ridicat problema de drept ce necesită lămuriri, punctul de vedere al părţilor, datele părţilor sau ale reprezentanţilor acestora, pentru a se putea îndeplini procedura de comunicare a raportului asupra chestiunii de drept supuse judecăţii.

Încheierea de sesizare, se înaintează cu adresă Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, care urmează să se pronunţe asupra acesteia în condiţiile prevăzute de art. 520-521 din Codul de procedură civilă.

[9] Viorel Mihai Ciobanu,Traian Cornel Briciu,Claudiu Constantin Dinu, Drept procesual civil, Drept execuţional civil, Arbitraj, Drept notarial, Editura Naţional, Bucureşti 2013, p.215

Din prevederile art.520 alin.(2) din Codul de procedură civilă reiese faptul că formularea cererii de pronunţare a unei hotărâri prealabile, are ca efect suspendarea judecării cauzei până la momentul la care instanţa supremă se pronunţă asupra chestiunii de drept.Ca atare, prin încheierea de sesizare a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, instanţa competentă va dispune şi suspendarea soluţionării cauzei până la pronunţarea hotărârii prealabile pentru dezlegarea problemei de drept.

Conform prevederilor art.520 alin.(3) din Codul de procedură civilă, *după înregistrarea cauzei la Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, încheierea de sesizare se publică pe pagina de internet a acestei instanţe.* Apreciem că publicarea încheierii de sesizare, are rolul de informa celelalte instanţe de judecată cu privire la problemele de drept ce comportă discuţii privitoare la modul de interpretare şi aplicare şi de a căror lămurire depinde soluţionarea corectă a litigiilor deduse judecăţii.

De subliniat este şi faptul că legiuitorul dă posibilitatea instanţelor de judecată de a suspenda cauzele similare aflate pe rolul lor, până la soluţionarea sesizării. Norma prevăzută de art.520 alin.(4) din Codul de procedură civilă care permite suspendarea cauzelor similare are, un caracter dispozitiv, astfel că suspendarea rămâne la aprecierea instanţei investite cu soluţionarea litigiului.

Considerăm că pentru bunul mers al justiţiei, atunci când instanţa supremă a fost sesizată cu privire la dezlegarea unei chestiuni de drept, suspendarea cauzelor similare este absolut necesară, întrucât se evită pronunţarea unor hotărâri nelegale.

Asupra sesizării, completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept se pronunţă prin decizie, numai cu privire la problema de drept ce necesită clarificări şi nu asupra altor aspecte ce vizează fondul cauzei.Conform prevederilor art.521 alin.(3) din Codul de procedură civilă, dezlegarea dată chestiunilor problemelor de drept, este obligatorie pentru instanţa care a solicitat dezlegarea de la data pronunţării deciziei.Pentru celelalte instanţe de judecată, dezlegarea dată chestiunilor de drept este obligatorie de la data publicarii deciziei în Monitorul Oficial al României, Partea I.

3. Caracterul procedurii hotărârii prealabile

Din redactarea concretă a art.519 din Codul de procedură civilă, reiese aşa cum deja am mai subliniat, că sesizarea instanţei supreme poate fi făcută numai de un complet de judecată al Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, al curţii de apel sau al unui tribunal.

Nu reiese însă din textul de lege dacă sesizarea poate fi făcută şi la cererea părţii interesate. Având în vedere faptul că instanţa competentă să sesizeze Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie este cea care apreciază dacă se impune sau nu obţinerea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unei probleme de drept, aceasta poate analiza cererea formulată de partea interesată şi prin raportarea acesteia la dispoziţiile art.519 din Codul de procedură civilă, poate proceda la sesizarea instanţei supreme. Prin urmare, considerăm că sesizarea instanţei supreme pentru pronunţarea unei hotărâri prealabile în vederea dezlegării unei chestiuni de drept, poate fi făcută de instanţa competentă şi la cererea părţii interesate dacă sunt îndeplinite cumulativ cerinţele prevăzutede lege.

Referitor la caracterul obligatoriu sau facultativ al procedurii hotărârii prealabile, din prevederile legale analizate, reiese că procedura are caracter facultativ şi nu obligatoriu, întrucât legiuitorul prevede faptul că instanţa competentă „ *va putea”* solicita instanţei supreme pronunţarea unei hotărâri prealabile..

Prin urmare, norma de drept prevăzută de art.519.din Codul de procedurăcivilă, nu are caracter imperativ ci dispozitiv, sesizarea instanţei supreme în vederea pronunţării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unei chestiuni de drept, fiind lăsată la aprecierea completului de judecată competent.

Apreciem că norma de drept ar trebui să aibă caracter imperativ, întrucât prin lămurirea problemei de drept care are legătură cu fondul cauzei deduse judecăţii, se evită interpretarea şi aplicarea eronată a dispoziţiei legale de a cărei clarificare depinde soluţionarea pe fond a cauzei şi se preântâmpină o practică neunitară a instanţelor judecătoreşti.

4. CONCLUZII

Mecanismul de unificare a practicii judiciare prevăzut de art.519 şi următoarele din Codul de procedură civilă, poate fi utilizat numai dacă sunt îndeplinite cumulativ cerinţele de admisibilitate prevăzute în mod expres şi limitativ de către legiuitorul român.

Apreciem că atunci cand în desfăşurarea procesul civil, instanţa de judecată constată existenţa unor chestiuni de drept care ridică probleme de interpretare şi aplicare, trebuie sesizată Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie pentru pronunţarea unei hotărâri prealabile. Se impune însă ca instanţa de judecată competentă, să analizeze cu multă atenţie îndeplinirea condiţiilor de admisibilitate a a sesizării pentru a se evita utilizarea inutilă a acestui mecanism de unificare a practicii judiciaree şi toate consecinţele negative ce decurg din aceasta.

Condiţia de admisibilitate care poate ridica probleme de aplicare, o reprezintă noutatea chestiunii de drept ce comportă discuţii.Pentru ca această condiţie să fie îndeplinită, trebuie ca judecătorul să verifice cumultă atenţie dacă problema de drept a făcut sau nu obiectul practicii judiciare şi numai atunci când este ferm convins că cerinţa este îndeplinită şi sunt realizate şi celelalte condiţii de admisibilitate prevăzute de art.519 din Codul de procedură civilă, poate proceda la sesizarea instanţei supreme pentru pronunţarea unei hotărâri prealabile de care trebuie să ţină cont la soluţionarea fondului cauzei.

Ca şi recursul în interesul legii, procedura hotărârii prealabile are scopul de a asigura interpretarea şi aplicarea unitară a prevederilor legale de către instanţele judecătoreşti.

Spre deosebire de recursul în interesul legii care are drept scop înlăturarea unei practici neunitare a instanţelor judecătoreşti cu privire la interpretarea şi aplicarea dispoziţiilor legale, procedura pronunţării hotărârii prealabile are rolul de a preveni crearea unei practici neunitare a instanţelor de judecată, în interpretarea şi aplicarea dispoziţiilor legale.

BIBLIOGRAFIE:

1. Ciobanu, Viorel Mihai, Briciu, Traian Cornel, Dinu, Claudiu Constantin Drept procesual civil, Drept execuţional civil, Drept notarial, Editura Naţional, Bucureşti, 2013

2. Cotuţiu, Aurelia, Notă la Decizia nr.1 din 18 noiembrie 2013, a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în Dreptul nr.6/2014, pp.214-218

3. Deleanu, Ion, Procedură civilă II, Editura Servo-Sat,Arad,1998

4. Leş, Ioan, Tratat de Drept procesual civil,Editura ALL Beck, Bucureşti, 2001

5. Decizia nr.1 din 18 noiembrie 2013, a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.43 din 20 ianuarie 2014

6. Decizia nr.1 din 17.02. 2014, a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept , publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.260 din 09.04.2014

7. Decizia nr.2 din din 17.02.2014, a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.257 din 09.04.2014

8. Decizia nr.3 din 14.04.2014 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.437din 16.06.2014

9. Decizia nr.4 din14.04.2014 a Înaltei Curti de Casaţie şi Justiţie, completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, publicată în Monitorul OficiaL al României, Partea I, nr.437 din 16.06.2014

10. Legea nr.134 / 2010, privind Codul de procedura civila republicata în Monitorul Oficial al României nr.545 din 03 august 2012 cu modificările şi completările ulterioare

THE EFFECTS OF CLAIMING PROPERTY IN ROMANIA IN THE STRATEGIES FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Loredana Adelina Pădure, Assist. Prof., PhD, Adrian Ţuţuianu, Assoc. Prof., PhD,
"Valahia" University of Târgoviște

Abstract: The challenges of the sustainable development focus on poverty alleviation, food security and economic development in general, targets can not be achieved in the absence of respecting the property rights of individuals, communities, national economy. Ownership is that subjective right, which is the expression of ownership of property, that allows the holder to possess, use and dispose of that asset in his own interest and in compliance with existing legislation. Ownership confers on its holder the possibility absolutely, exclusive and perpetual, within the material and legal limits the exercise of the attributes that can be exercised.

Keywords: sustainable development, estate claiming, ECHR enforcement, nationalization, compensation.

The situation of the buildings confiscated by the totalitarian state from rightful owners, must be resolved in an efficient way for the country's economy, should not suffere major losses, either through cash refunds or through sanctions imposed by the actions directed to the ECHR. By the nationalization carried out in Romania in 1948, private ownership of private interest and public buildings, businesses, vehicles, lands was replaced with the socialist property.

After 1990, they started claims for properties nationalized abusively. The first way is the denationalization of resources is *restitution of the properties to their owners*, when their property can be proven. This means the restitution of the houses property nationalized torn by population, return the factories to their owners or heirs owners who were dispossessed of lands . Given the fact that in Romania during the communist state the problem of nationalized properties has not been resolved in a fair, owners are still waiting for practical solutions. The big number of requests to the European Courts Romania faces Romania with a difficult situation, with major implications for economic and social order.

Restitutions, especially if they directly or mediated, target individuals or legal entities, even if their headquarters is in Romania but don't have Romanian citizenship , affects the amount of national wealth in the sense that these buildings are considered foreign investment in Romania which , are deducted from the national wealth. All residential properties of Romanian citizens from abroad, although they add to national wealth, have volume and value lower than those of foreigners homeowners in Romania.

They used to offset on voucher system - securities on the open market, which can be used for the purchase of properties from the state, including apartments - restitution *instead for the following reasons*: the economic situation at the time, the restitution process would be very long and would have generated a state of uncertainty that would discourage foreign investors avoiding the generation of numerous and lengthy litigations related to property and

that many goods had been privatized or otherwise acquired by third parties in good faith [1]and Hungary introduced a progressively ceiling between 200,000 and 5,000,000 HUF. [2]

Residents of the nationalized houses, even if they have not been part of the previous repressive mechanism, however, do not have a legitimate right to the house; they must, therefore, to return good to the identifiable legitimate owners or to their descendants in the state home was at the time of nationalization, taking into account the depreciation incurred while. To force the rightful owners of the houses to redeem the ouses from the tenants or to accept from them a rent fixed by the state (much below the market) or, in general, a different use from the one they would give to the house, it awould be a violation of their property.

In this situation there is an economic problem of assessment, since it is necessary to estimate the outside market mechanisms, compensations for the victims which would be entitled made by communists and this method does not avoid redistribution as dividends followed by holding come from capitalization of the State assets whose property is presumed to be legitimate, when it is possible that resorting the syndicalist method mentioned in the literature, these assets have been actually already appropriated.

New shareholders will bear the risks, and will enjoy the benefits associated to some economic activities, other than those accompanying the goods have been taken over by the communist state, which will lead to the absence of restitution or to an unearned income. In legal practice in Romania, neither before 1989 nor after, the restitution issue has not found suitable solutions. As a result of unlawful acts of dispossession many owners have been deprived or dispossessed by their goods.

Regarding the restitution process, it ended, in most cases, during 1995 - 1996 in Slovakia and in 1997 - 1998 in the Czech Republic, the number of convictions for violation of the Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention being insignificant . In East Germany,[3] the issue of restitution formed a peculiar chapter in the 1990 Unification Treaty. Program was probably the most voluminous in the region, covering about 5 million people (about 20% of the population) and 90% of urbane buildings. [4]

Use, with possession and available form the"content / substance" of ownership, such speakingof the atributes of the property. Begining from the fact that property is inviolable and can not be violated by anyone, we can say that no person may be deprived of the use of his property without infringing his right to his own property, in the right "its substance." Property infringement is "dangerous" and harmful not only to the holder of the right, but even to the whole society, because are prejudiced social, which normally determines the security, maintenance and the compliance with state of the possession of the good. Precisely from this perspective,of the social danger, the legislature intended to prevent the commission of such acts, considering them crimes such as disorder of the possession and disturbance of the use of property.

Whether the act of depriving a person of the use of his property is or not qualified as a crime, in other words, whether that person will respond and prosecutions before the law, the one who contributes to this situation in terms of civil will respond more

[1] L. Pena, *Restitution of expropriated property in transition countries and in the Republic of Croatia*, Editura Inzenierski Biro, Zagreb, 2000, p. 7.
[2] J. Tucker-Mohl, *Property Rights and Transitional Justice: Restitution in Hungary and East Germany*, în Property Rights Under Transition, 1 mai 2005.
[3] L. Pena, *op.cit.*, p.198.
[4] M. Blacksell, K. Born, Private Property Restitution: The Geographical Consequences of Official Government Policies in Central and Eastern Europe, în Geographical Journal nr. 2/2002 (vol.168).

specifically, he will have to compensate the person entitled to the use for damage. Romanian State is the one accused of abuse, is the one to provide fair compensation to those injured, as depriving a person of his use of property - is in the illicit sphere, being unequivocally an unlawful act. Such an act is unlawful, based on a rule,with the value of the principle that "no one is allowed to bring through his act an injury to any other person, or his rights."

Problems of the restitution process were mainly administrative, taking mainly by the lack of clear data on property boundaries, incomplete records and a reluctance of local authorities to surrender, these having considerable discretion in implementation[5]. Although over the years there have been legislative proposals, none of them managed to gather the necessary political support, the only way the former owners had their properties recovered being through normal legal processes [6]**.**

Romania should no longer sanctioned by the ECHR so intense, so it is necessary to create a system that allows on a hand the solution for those indemnified, but also the maintainance of financial balance by decreasing the number of sanctioning of Romania in the ECHR. The number of requests to the European Courts faces Romania with a difficult situation, with major implications for economic and social order.

Lawyers usually disagree with setting deadlines for judgments or other decisions relating to restitutions. Therefore, it is important for legal side to consider the savingof time, which is a national resource, there should not be bureaucratic and administrative expenses, including, purchase of litigious rights by law firms, often counterfeit, generating processes and subsequent costs accompanied by time consuming, stress and repeated appeals. Lack of clarity about property rights, following a slower judicial processes, in most cases goes to the damage of real estate assets, which implies high costs later.

In this context, it becomes increasingly apparent that the role of the research in the issue of the property claiming is of a great importance and the problems facing Romania can be resolved through basic research, interdisciplinary, which must provide solutions grounded in scientifically to avoid in the future implications that will translate into the loss of significant amounts of time and money, as well as into major social tensions.

ACKNOWLEDGMENT This paper has been financially supported within the project entitled ***"Horizon 2020 - Doctoral and Postdoctoral Studies: Promoting the National Interest through Excellence, Competitiveness and Responsibility in the Field of Romanian Fundamental and Applied Scientific Research",*** contract number POSDRU/159/1.5/S/140106. This project is co-financed by European Social Fund through Sectoral Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013. **Investing in people!**

[5] A. Kozminski, Restitution of Private Property. Re-privatization in Central and Eastern Europe, in Communist and Post-Communist Studies nr.1/1997 (vol. 30), pp 95-106.
[6] Krakow Post, Debate: Property Restitution: Should Poland Pay?, Friday, September 12, 2008.

THE VARIOUS VALENCES OF THE DECLARATION OF INVOKING THE RESCISSION

Luiza-Cristina Gavrilescu, Assistant, PhD, "Al. Ioan Cuza" University of Iași

Abstract: Rescission can operate only if the creditor invokes this remedy, as an alternative to the enforcement request. Even in the case of a rescission by operation of law, the creditor must express his option, by issuing a notification, in order to activate either the specific legal provision, or the rescission clause, these representing the rescission's basis.

Keywords: invocation of the rescission; notification; unilateral declaration; termination pact; formal notice.

Introducere

În reglementările contemporane, comparativ cu cele tradiţionale, nu mai prezintă relevanţă deosebită nici condiţia cuplei debitorului şi nici rolul sancţionator al rezoluţiunii[1], poziţii însuşite, poate nu suficient de categoric şi de legiuitorul român. Modelul noului Cod civil l-au constituit reglementările moderne, în special prevederile Codului civil italian, care îngăduie creditorului să opteze între două forme a rezoluţiunii: judiciară şi unilaterală[2], în timp ce majoritatea legislaţiilor consacră doar forma rezoluţiunii unilaterale, fără a recunoaşte şi alte varietăţi ale rezoluţiunii (legală, judiciară sau convenţională)[3]. Este însă discutabilă includerea în noua legislaţie română a tuturor formelor rezoluţiunii, câtă vreme nici chiar propunerile de codificare a dreptului privat nu le menţionează[4].

1. Evoluţia reglementării formelor rezoluţiunii

În alcătuirea Codului civil român de la 1864, rezoluţiunea era consacrată de textele art. 1020-1021 C. civ., în principal sub forma rezoluţiunii judiciare, care presupunea că numai judecătorul putea să aprecieze dacă neexecutarea obligaţiilor de către una din părţi era atât de gravă, încât să atragă desfiinţarea contractului[5]. De altfel, sub influenţa dreptului canonic, venită pe filieră franceză, rezoluţiunea a fost considerată drept o formă specială a răspunderii civile, funcţionând cu titlu de sancţiune pentru neexecutarea culpabilă a obligaţiilor asumate contractual[6].

Cât priveşte rezoluţiunea legală, un astfel de caz era configurat de prevederea art. 1370 C. civ. în materia vânzării de denariate, iar alte cazuri similare erau instituite de art. 67 şi 69 din fostul Cod comercial[7].

Rezoluţiunea convenţională era prefigurată de construcţiile elaborate de doctrină şi preluate de jurisprudenţă sub forma pactelor comisorii, instituite pe grade[8]. Deşi rolul lor era

[1] A se vedea B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations. Contract*, Ed. Litec, Paris, 1989, p. 699.
[2] A se vedea art. 1453-1455 C. civ. it.
[3] A se vedea art. 323 BGB (C.civ. german).
[4] A se vedea Principiile UNIDROIT 2010, art.7.3.1.; PDEC art. 9.303 ; DCFR art. III-3.501.
[5] A se vedea Luiza-Cristina Gavrilescu, *Rezoluţiunea contractului: remediu subiectiv sau obiectiv?*, în Revista Acta Universitatis "Lucian Blaga"Sibiu, seria Jurisprudentia nr. 1/2014.
[6] A se vedea L. Pop, I. F. Popa, S. I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligaţiile*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 279.
[7] A se vedea D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Vânzarea şi schimbul*, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 496.
[8] A se vedea V. Stoica, *Rezoluţiunea şi rezilierea contractelor civile*, Ed. All Educational, Bucureşti, 2004, p. 25.

acela de a restrânge intervenţia instanţei, totuşi, chiar şi în forma celor mai energice, de gradele trei şi patru, care interveneau de drept, sau de plin drept (după cum era sau nu necesară punerea în întârziere a debitorului), rezoluţiunea nu intervenea automat, ci doar ca urmare a pronunţării unei hotărâri judecătoreşti[9]. Modelul acestor construcţii l-a constituit chiar dreptul roman, unde rezoluţiunea nu era admisă decât în temeiul unor prevederi contractuale numite „lex commissoria". Clauza *lex commissoria* a fost considerată cu timpul o clauză implicită, o regulă de fier a dreptului roman[10].

Noul Cod civil român a consacrat mai multe forme ale rezoluţiunii, valorificând surse diverse de inspiraţie: rezoluţiunea judiciară şi cea legală le-a preluat din vechea reglementare, rezoluţiunea convenţională a rezultat din transpunerea pactelor comisorii din practica judiciară, iar rezoluţiunea unilaterală a importat-o după modelul legislaţiilor străine contemporane.

În materia rezoluţiunii judiciare, s-a invocat că menţinerea acestei forme este justificată prin certitudinea oferită creditorului că desfiinţarea contractului, dispusă ca urmare a verificării instanţei, nu va putea fi considerată drept abuzivă. Astfel, interesul vizat ar consta în eliminarea riscurilor pe care le incumbă propria apreciere a gravităţii neexecutării[11].

Referitor la rezoluţiunea unilaterală, adoptarea ei a fost apreciată drept salutară, fiind pentru prima dată recunoscută în dreptul românesc, spre deosebire de sistemul *common law*, în care a reprezentat dintotdeauna varianta de bază a rezoluţiunii[12].

Cât priveşte rezoluţiunea legală, s-a ridicat problema lipsei aplicabilităţii practice, în condiţiile în care cazurile sale de incidenţă sunt aproape inexistente. Astfel, este de remarcat că prevederile art. 1725 C. civ. din materia vânzării de bunuri mobile, care sunt corespondentul art. 1370 din vechiul Cod civil, nu mai instituie o rezoluţiune de drept, ci doar o punere în întârziere de drept a creditorului cumpărător care nu-şi aduce la îndeplinire obligaţia de ridicare a mărfurilor[13].

În legătură cu rezoluţiunea convenţională, ataşamentul faţă de practica inserării clauzelor rezolutorii, în pofida inexistenţei unui corespondent în legislaţiile altor state, este criticat din perspectiva utilităţii lor în raport cu alternativa invocării rezoluţiunii unilaterale[14].

2. Diferenţele privind modul de declanşare a rezoluţiunii

În ceea ce priveşte rezoluţiunea judiciară şi cea unilaterală, din formularea alin. (1) al art. 1550 C. civ. rezultă că declanşarea lor se realizează la solicitarea creditorului, formulată prin cererea de chemare în judecată, respectiv prin declaraţia unilaterală de rezoluţiune. Prin urmare, în cadrul rezoluţiunii judiciare, manifestarea de voinţă a creditorului nu determină prin ea însăşi desfiinţarea contractului, urmând ca aceasta să intervină prin hotărârea definitivă a instanţei, pe când, în cazul rezoluţiunii unilaterale, manifestarea de voinţă a

[9] A se vedea V. Stoica, *Rezoluţiunea ..., op. cit*., p.114.

[10] A se vedea R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations: Hystorical and Comparative Perspectives*, Ed. Oxford University Press, 2005, p. 801.

[11] A se vedea L. Pop, I .F. Popa, S. I. Vidu, *op. cit*., p. 293.

[12] A se vedea H. Beale, *Chity on Contracts*, vol. I, *General Principles*, Ed. Sweet / Maxwell Ltd , 2008, UK, p.1394.

[13] În acelaşi fel se dispune prin art.1727 C.civ., care permite vânzătorului unui bun mobil să declare rezoluţiunea pentru neplata preţului, fără punere în întârziere, în cel mult 15 zile de la data predării şi să ceară restituirea bunului aflat în posesia cumpărătorului. Mai există dispoziţii speciale prin care se indică anumite repere concrete pentru determinarea gradului însemnat al neexecutării, de natură a atrage rezoluţiunea. Astfel, textul art. 1743 C. civ. arată că rezoluţiunea unui contract de vânzare a unui imobil cu indicarea suprafeţei poate fi cerută de cumpărător, dacă suprafaţa reală este mai mică decât cea trecută în contract şi din cauza diferenţei de suprafaţă, bunul nu mai poate fi folosit în scopul în care a fost cumpărat.

[14] A se vedea C. Popa, Andreea Lisevici, *Probleme privind rezoluţiunea contractului în Noul Cod civil (II),* în Revista română de drept al afacerilor nr. 9/2012, disponibil la www.noulcodcivil.ro.

creditorului trebuie doar să fie comunicată debitorului, pentru ca încetarea contractului să se producă, fiind considerată din acest motiv ca o formă de justiţie privată[15].

În schimb, referindu-se la rezoluţiunea convenţională şi cea legală, formularea alin. (2) al art. 1550 C. civ. arată că aceasta intervine *de plin drept*. Sensul propriu al sintagmei *a opera de drept* este acela că producerea efectelor rezoluţiunii intervine automat, de la sine. În plus, când această construcţie este aşezată în antiteză cu aceea de „la cerere", interpretarea *per a contrario* conduce la concluzia că efectele juridice scontate intervin independent de formularea de către titularul dreptului de creanţă a vreunei notificări a manifestării sale de voinţă.

Considerând, prin reducere la absurd, că această apreciere este corectă, ar însemna că desfiinţarea contractului intervine prin simplul fapt al neexecutării obligaţiilor descrise de textele legale sau de pactele comisorii, după cum rezultă din prevederea art. 1553 C. civ. O astfel de premisă este greşită, întrucât concluzia la care ne conduce este una falsă şi anume aceea că voinţa creditorului este indiferentă în ceea ce priveşte soarta raportului obligaţional[16]. S-ar deduce astfel, în mod greşit, că, în cazul în care obligaţiile contractuale nu ar fi îndeplinite de debitor, creditorul nu ar putea împiedica desfiinţarea contractului şi ar trebui să asiste pasiv la producerea consecinţelor generate de un astfel de eveniment[17].

Aşadar, indiferent de forma rezoluţiunii, desfiinţarea contractului, prin modalităţile de operare specifice fiecăreia în parte, intervine numai ca urmare a cererii creditorului.

2. Manifestarea dreptului potestativ al creditorului de a alege rezoluţiunea

Solicitarea de a declanşa rezoluţiunea contractului este expresia manifestării dreptului potestativ de opţiune al creditorului[18]. Consacrarea acestei prerogative este realizată în cadrul enunţării generale, în art. 1516 alin. (2) C. civ. a remediilor alternative puse la dispoziţia creditorului în eventualitatea în care, fără justificare, debitorul aflat în întârziere nu îşi execută obligaţia. Din plasarea pe poziţia de la pct. 2 a remediului rezoluţiunii, după ce pe poziţia de la pct. 1 se statuează dreptul de a solicita executarea silită, rezultă întâietatea firească pe care legiuitorul o acordă soluţiei de menţinere a contractului şi de îndeplinire a obligaţiilor la care s-au angajat părţile, cu posibilitatea obţinerii şi de daune interese[19]. Prin urmare, renunţarea la prima opţiune şi aplicarea soluţiei de la pct. 2 care, în forma cea mai severă, presupune ruperea legăturii contractuale, nu poate fi realizată decât de către creditor, titularul dreptului subiectiv recunoscut de art. 1516 C. civ. De altfel, renunţarea la un drept nu se prezumă, conform art. 13 C. civ., ci trebuie să fie întotdeauna exprimată neîndoielnic.

Ilustrarea dreptului potestativ al creditorului şi indicarea rezoluţiunii drept remediu subsidiar, care se aplică numai dacă creditorul nu cere executarea silită a obligaţiilor, sunt reiterate şi de conţinutul art. 1549 alin. (1) C. civ.

Invocarea rezoluţiunii de către creditor trebuie să se manifeste neechivoc pentru ca neexecutarea obligaţiei de către debitor să atragă desfiinţarea contractului[20]. În funcţie de

[15] A se vedea V. Stoica, *Declaraţia unilaterală de rezoluţiune*, în Dreptul nr. 8/2006, p.41.
[16] A se vedea I. Fl. Popa, *Rezoluţiunea şi rezilierea contractelor în Noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 191.
[17] A se vedea Luiza- Cristina Gavrilescu, *The meaning of the expression : rescission by operating of law,* in AGORA International Journal of Jouridical Sciences no. 4 /2013, pp. 49-54.
[18] A se vedea I. Najar, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l 'acte unilatéral* , Ed. LGDJ, Paris, 1967, p. 45.
[19] A se vedea D. A. Ghinoiu, în *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole*, coord. Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, Ed. C.H.Beck, Bucureşti, 2012, p. 1596.
[20] A se vedea Marieta Avram, *Actul unilateral în dreptul privat*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2006, p. 159.

forma rezoluţiunii, diferă şi forma de manifestare a voinţei creditorului de a se aplica remediul rezoluţiunii, cât şi valenţele acesteia[21] :

- pentru rezoluţiunea judiciară, creditorul formulează o cerere de chemare în judecată, aprecierea oportunităţii rezoluţiunii urmând a fi realizată în condiţii de contradictorialitate, de către instanţa de judecată;

- pentru rezoluţiunea unilaterală, creditorul formulează o declaraţie de rezoluţiune, aprecierea oportunităţii rezoluţiunii realizându-se în mod unilateral, de creditorul însuşi;

- pentru rezoluţiunea legală, creditorul formulează o notificare de rezoluţiune, aprecierea oportunităţii rezoluţiunii fiind deja realizată prin voinţa legiuitorului;

- pentru rezoluţiunea convenţională, creditorul formulează o notificare de rezoluţiune, aprecierea oportunităţii rezoluţiunii fiind deja realizată prin acordul prealabil al părţilor.

Aprecierea oportunităţii rezoluţiunii are în vedere gravitatea neexecutării, caracterul însemnat al acesteia constituind una din condiţiile esenţiale ale rezoluţiunii. Dacă neexecutarea nu este suficient de gravă, creditorul va putea obţine doar o reducere a propriei obligaţii corelative, conform art. 1516 alin. (2) pct. 2 C. civ., cu referire la 1551 C. civ[22].

3. Delimitarea notificării de invocare a rezoluţiunii de notificarea de declarare unilaterală a rezoluţiunii

Notificarea de invocare a rezoluţiunii de drept se deosebeşte deci de notificarea menţionată în art. 1552 C. civ., prin care se emite declaraţia unilaterală de rezoluţiune. Spre deosebirea de declaraţia unilaterală de rezoluţiune, invocarea rezoluţiunii nu are rolul de a efectua o evaluare a neexecutării, ci doar de a anunţa intenţia creditorului de a se prevala de dreptul său de a desfiinţa contractul[23]. Mai precis, rolul notificării la rezoluţiunea de drept este doar acela de a atrage desfiinţarea contractului, nu de a îi stabili cadrul de operare, ca prin notificarea declaraţiei unilaterale[24]. Dacă solicitarea de rezoluţiune nu se încadrează în limitele prefigurate de lege sau de pact, ea va putea fi asimilată unei declaraţii unilaterale de rezoluţiune, urmând a fi supusă, la cererea debitorului, cenzurii instanţei în ceea ce priveşte aprecierea gravităţii neexecutării.

Desigur că pentru a atrage desfiinţarea contractului, notificarea de rezoluţiune trebuie să se materializeze într-un înscris ce va fi comunicat debitorului în condiţiile art. 1522 C. civ., odată cu notificarea punerii în întârziere, sau separat, după expirarea termenului suplimentar de executare. În schimb, notificarea declaraţiei unilaterale de rezoluţiune se va supune regulilor de comunicare a actelor unilaterale stabilite de art.1326 C. civ., pentru a-i da debitorului posibilitatea să ia cunoştinţă de decizia creditorului prin care a stabilit că neexecutarea anumitor obligaţii atrage rezoluţiunea şi eventual să o combată sub aspectul eficacităţii[25].

Pentru asigurarea opozabilităţii faţă de terţi, art. 902 alin. (2) pct. 11 C. civ. menţionează obligativitatea notării în cartea funciară a pactelor comisorii, care reprezintă temeiul rezoluţiunii convenţionale, cât şi a declaraţiei de rezoluţiune, care reprezintă temeiul rezoluţiunii unilaterale. Tot astfel, pentru a marca operarea rezoluţiunii, va fi util să se noteze şi invocarea pactului comisoriu[26].

[21] A se vedea I. Adam, *Drept civil. Obligaţiile. Contractul*, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2011, p. 428.
[22] Prin aplicarea remediului reducerii prestaţiilor se realizează o adaptare a contractului.
[23] A se vedea Cristina Zamşa, în Fl. A. Baias ş. a. coord., *Noul Cod Civil. Comentariu …, op. cit.,* p. 1644.
[24] A se vedea Cristina Zamşa, *Efectele obligaţiilor civile*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2013, p. 193.
[25] A se vedea *Codul civil al României, Îndrumar notarial*, vol. I, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, p. 578.
[26] A se vedea C. Popa, Andreea Lisevici, *op. cit*., disponibil la www.noulcodcivil.ro.

Deşi drepturile potestative sunt imprescriptibile, întrucât nu dau naştere în mod direct unui drept la acţiune[27], invocarea rezoluţiunii trebuie realizată în termenul de prescripţie al acţiunii în rezoluţiune, fiind aplicabile prin analogie regulile art. 1552 alin. (2) C. civ.

4. Delimitarea notificării de invocare a rezoluţiunii de notificarea de punere în întârziere

Intervenţia *de drept* a rezoluţiunii nu presupune şi o operare *de drept* a punerii în întârziere, regula fiind aceea a emiterii de către creditor a unei notificări, după cum rezultă din art. 1553 alin. (2) C. civ. Totodată, punerea în întârziere *de drept* nu se realizează doar în cadrul rezoluţiunii *de drept*, ea fiind compatibilă şi cu celelalte forme ale rezoluţiunii: legală şi judiciară. Din acest motiv este importantă stabilirea distincţiei dintre notificarea de invocare a rezoluţiunii şi notificarea de punere în întârziere.

În situaţia în care punerea în întârziere se realizează de către creditor prin notificare (prin intermediul executorului judecătoresc sau prin orice altă modalitate care asigură dovada comunicării), până la expirarea unui termen rezonabil de executare, rezoluţiunea nu poate opera, conform art. 1522 alin.(4). C. civ[28]. Singurele remedii puse la dispoziţia creditorului până la expirarea acestui termen adiţional, stabilit direct sau indirect, sunt suspendarea propriilor obligaţii şi solicitarea de daune interese[29]. Rezultă aşadar că notificarea de punere în întârziere este în acest caz premergătoare sau concomitentă notificării prin care se invocă rezoluţiunea întemeiată pe pactul comisoriu, sau după caz, pe o prevedere legală[30].

În situaţia în care punerea în întârziere s-a realizat de drept, în baza legii sau a convenţiei părţilor, (după ce expirase termenul de executare stabilit prin contract ca dată a scadenţei), creditorul poate formula deîndată, conform art. 1523 C. civ., notificarea în vederea producerii efectului rezolutoriu[31]. După primirea declaraţiei de invocare a rezoluţiunii, debitorul nu se va mai putea elibera, prin executarea obligaţiei. Creditorul va fi deci îndreptăţit să refuze plata şi nu îi va mai putea fi opusă nici procedura ofertei reale urmată de consemnaţiune[32]. După cum s-a subliniat, „ar fi ciudat ca debitorul, în ciuda pactului comisoriu, să poată executa şi creditorul să fie ţinut de dorinţa celui dintâi”[33].

Aşadar, faptul că debitorul este de drept în întârziere face doar ca notificarea în vederea executării să nu mai fie necesară, însă aceasta nu presupune că nu este necesară nici formularea notificării prin care să invoce rezoluţiunea de drept. În lipsa notificării de rezoluţiune transmise de creditor, rezoluţiunea nu se produce automat, chiar dacă debitorul este de drept în întârziere. Îndeplinirea acestei formalităţi nu este reglementată în mod expres, deoarece ea nu reprezintă o obligaţie, ci un drept al creditorului, o modalitate de exprimare neechivocă a opţiunii sale de a renunţa la prerogativa de a pretinde executarea silită[34]. După

[27] A se vedea G. Boroi, *Drept civil .Partea generală. Persoanele*, ed. a. IV-a, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2010, p. 298.
[28] A se vedea D. A. Ghinoiu, *op. cit.*, p. 1604.
[29] A se vedea G. Boroi, L. Stănciulescu, *Instituţii în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012, p. 192.
[30] A se vedea V. Stoica, *Declaraţia…*, *op. cit.*, p. 46.
[31] Gh. Gheorghiu, în Fl. A. Baias ş. a., coord., *Noul Cod Civil. Comentariu..*, *op. cit.*, p. 1780.
[32] A se vedea V. Stoica, *Declaraţia..*, *op. cit.*, p. 49.
[33] A se vedea A. Tamba, *Consideraţii privind cele două forme ale răspunderii civile: răspunderea civilă delictuală şi răspunderea civilă contractuală, în lumina dreptului francez şi a dreptului român. Există veritabile deosebiri între răspunderea civilă delictuală şi cea contractuală? Analiza convenţiilor de modificare a răspunderii civile, a punerii în întârziere şi a probei culpei, partea a doua*, în Pandectele române nr.3/2009, p. 81.
[34] A se vedea I. Adam, *op. cit*. p.437.

cum s-a mai menţionat, debitorul nu poate solicita el însuşi constatarea rezoluţiunii, numai creditorul fiind îndreptăţit să aleagă această cale[35].

Concluzii

Pentru a se produce efectul extinctiv al rezoluţiunii, manifestarea de voinţă a creditorului, care renunţă astfel la dreptul de a solicita executarea silită, este necesar să fie exprimată neechivoc. Dreptul de opţiune al creditorului prin care invocă remediul rezoluţiunii se exteriorizează diferit, în funcţie de forma rezoluţiunii: prin cerere de chemare în judecată la rezoluţiunea judiciară; prin declaraţie unilaterală la rezoluţiunea unilaterală sau prin notificare comunicată debitorului la rezoluţiunea legală şi la cea convenţională. Notificarea de invocare a rezoluţiunii de drept are doar rolul de a declanşa rezoluţiunea, operantă în condiţiile legii sau ale pactului comisoriu, în timp ce notificarea de declarare a rezoluţiunii unilaterale stabileşte şi cadrul de operare, definind neexecutarea rezolutorie. Notificarea de invocare a rezoluţiunii poate fi sau nu însoţită şi de o notificare de punere în întârziere a debitorului, după cum aceasta se realizează de drept sau de către creditor.

BIBLIOGRAFIE

Adam, I., *Drept civil. Obligaţiile. Contractul*, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2011.

Avram, Marieta, *Actul unilateral în dreptul privat*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2006.

Baias, Fl. A., Chelaru, E., Constantinovici, R., Macovei, I. (coord.), *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole*, Ed. C .H. Beck, Bucureşti, 2012.

Beale, *Chity on Contracts*, vol. I, General Principles, 2012, Ed. Sweet / Maxwell Ltd, UK, 2008.

Boroi, G., *Drept civil .Partea generală. Persoanele*, ed. a.IV-a, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2010.

Boroi, G., Stănciulescu, L., *Instituţii în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012.

Chirică, D., *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Vânzarea şi schimbul*, Ed. C. H. Beck, Bucureşti, 2008.

Gavrilescu, Luiza-Cristina, *Rezoluţiunea contractului: remediu subiectiv sau obiectiv?*, în Revista Acta Universitatis ”Lucian Blaga” Sibiu seria Jurisprudentia nr. 1/2014.

Gavrilescu, Luiza-Cristina, *The meaning of the expression : rescission by operating of law*, in AGORA International Journal of Jouridical Sciences, no. 4 /2013.

Hamangiu, C., Rosetti- Bălănescu, I., Băicoianu, Al., *Tratat de drept civil român*, vol. II, Ed. All Beck, Bucureşti, 2002.

Najar, I., *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l 'acte unilatéral* , Ed.

L G D J, Paris, 1967.

Popa, C., Lisevici, Andreea, *Probleme privind rezoluţiunea contractului în Noul Cod civil (II)*, în Revista română de drept al afacerilor nr. 9/2012, disponibil la www.noulcodcivil.ro.

Popa, I. F., *Rezoluţiunea şi rezilierea contractelor în Noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

Pop, L., Popa, I. F, Vidu, S. I., *Tratat elementar de drept civil. Obligaţiile*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

[35] A se vedea G. Boroi, L.Stănciulescu, *op. cit.*, p. 182.

Popineau-Dehaullon, C., *Les rèmedes de justice privée à l'inéxécution du contrat. Etude comparative*, Ed. LGDJ, Paris, 2008.

Starck, B., Roland, H., Boyer, L., *Obligations. Contract*, Ed. Litec, Paris, 1989.

Stoica, V., *Rezoluţiunea şi rezilierea contractelor civile*, Ed. All Educational, Bucureşti, 2004.

Stoica, V., *Declaraţia unilaterală de rezoluţiune*, în Dreptul nr. 8/2006.

Tamba, A., *Consideraţii privind cele două forme ale răspunderii civile: răspunderea civilă delictuală şi răspunderea civilă contractuală, în lumina dreptului francez şi a dreptului român. Există veritabile deosebiri între răspunderea civilă delictuală şi cea contractuală? Analiza convenţiilor de modificare a răspunderii civile, a punerii în întârziere şi a probei culpei, partea a doua*, în Pandectele române nr.3/2009.

Turcu, I., *Noul Cod civil. Legea nr. 287/2009, Cartea a V a. Despre obligaţii, art. 1164-1649. Comentarii şi explicaţii,* Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2011.

Zamşa, Cristina, *Efectele obligaţiilor civile*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2013.

Zimmermann, R., *The New German Law of Obligations: Hystorical and Comparative Perspectives*, Ed. Oxford University Press, 2005.

****Codul civil al României, Îndrumar notarial*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011.

THE IMPACT OF POLITICAL INSTABILITY IN SOME EUROPEAN STATES ON THE EVOLUTION OF THE EURO

Manuela Niță, Assist. Prof., PhD, "Valahia" University of Târgoviște

Abstract: In the last years the euro has been marked by political and economic instability of some European states. Events in Ukraine deepened the euro crisis, which made some analysts to predict a bleak future regarding the existence of the Single Euro Payments Area.

European institutions make efforts to ensure the stability of the euro, although at the national level there are many skeptics who do not support the idea of the euro unit.

In the present study we are doing an incursion on different views of senior officials of the European countries with the euro vast experience, and the representatives of the states in the process of adopting the euro and on the other hand, we will analyze European policies which are in progress in this area.

Based on this analysys we will identify new factors that can lead to stability / instability of the euro area and their influence on Romania.

Keywords: Euro, Single Euro Payments Area, euro crisis, european currency, euro stability.

1. Considerații introductive

Uniunea Europeană este supusă în ultima decadă, unor noi și continue provocări ce vizează stabilitatea sa din punct de vedere politic, economic, monetar și ca o consecință a acestora, din punct de vedere social.

Marcată profund de crizele economice prin care au trecut unele din statele sale: Grecia, Irlanda, Cipru, Portugalia, Spania, state care au adoptat moneda euro, Uniunea Europeană a trebuit să se mobilizeze, să găsească soluții, să dezvolte politici de sustenabilitate financiară și chiar să configureze instituții noi de control financiar-bancar[1].

Criza din zona euro a determinat liderii europeni să adopte noi acorduri cum ar fi "Pactul pentru euro" ce prevede o coordonare mai bună a politicilor economice existente, al cărui scop este creșterea competitivității și al convergenței economice.

De asemenea, liderii europeni semnează Tratatul privind stabilitatea, coordonarea și guvernanța supranumit și Pactul fiscal prin care își propun o mai bună supraveghere a zonei euro, prin înființarea unui nou agent de supraveghere bancară subordonat Băncii Centrale Europene.[2]

Statele europene, fără excepție, atât cele care au adoptat moneda euro, cât și cele aflate în curs de adoptare, se confruntă cu propriile dificultăți economice la o scară mai mică sau mai mare.

În fața acestor provocări, statele noneuro, care deși prin angajamentele naționale și-au propus adoptarea euro la un anumit termen, își reevaluează capacitățile de trecere la noua monedă la termenul preconizat, prin realizarea și respectarea criteriile de convergență stabilite prin Tratatul de la Maastricht.

[1] Aceste preocupări s-au desprins încă din anul 2009 când miniștrii finanțelor din Uniunea Europeană și-au propus înființarea unor noi autorități europene de supraveghere a sectorului bancar, a asigurărilor și a pieţelor titlurilor de valoare: Autoritatea bancară europeană; Autoritatea europeană pentru asigurări și pensii ocupaționale; Autoritatea europeană pentru valori mobiliare și piețe.

[2] A se vedea in acest sens Declarația reuniunii la nivel înalt a zonei euro din 29 iunie 2012

2. Instabilitatea politică, factor de influență în sfera economică

Uniunea Europeană monitorizează atent evoluția politică a statelor membre, inclusiv a proceselor electorale aflate în desfășurare, fiind îngrijorată față de orice tensiune care ia amploare în interiorul unui stat membru. În aceiași măsură, atenția sa este îndreptată și față de statele europene, nemembre ale uniunii care pot influența și destabiliza economic, chiar și politic statele învecinate.

Organizațional, Uniunea este pregătită pentru a gestiona asemenea momente. Încă din iulie 2010 este înființat[3] Serviciul European de Acțiune Externă ce reprezintă corpul diplomatic al Uniunii Europene. Acesta are rolul de a sprijini pe responsabilul UE pentru afaceri externe (Înaltul Reprezentant al Uniunii Europene pentru afaceri externe şi politica de securitate, Catherine Ashton) în gestionarea politicii externe și de securitate comună. Prin intermediul acestui serviciu, Uniunea stabileşte relaţii diplomatice cu aproape toate ţările lumii, încheie parteneriate strategice cu principalii actori internaţionali, colaborează cu ţările emergente şi a semnat acorduri bilaterale de asociere cu mai multe ţări vecine. În prezent, UE este reprezentată printr-o reţea de 136 de delegaţii, care îndeplinesc un rol similar cu cel al unei amabasade[4].

În același timp, noi state sunt pregătite să adere la UE, mai precis Albania, Bosnia-Herțegovina, Macedonia, Kosovo, Muntenegru, Serbia, Turcia care în ultimele decenii au fost măcinate de conflicte interne. Raportându-se la acestea, comisarul european Štefan Füle prezentând Pachetul anual de extindere, constată că Uniunea în ultimii cinci ani a pus accent pe trei piloni principali: statul de drept, guvernanța economică și reforma administrației publice, măsuri care au dat roade, statele candidate obținând rezultate concrete prin reforme care transformă treptat țările în cauză, îmbunătățind stabilitatea în vecinătatea noastră imediată[5].

Comisia Europeană în documentul intitulat ”Strategia de extindere și principalele provocări 2014-2015”,[6] remarcă progresele realizate în vederea îndeplinirii condițiilor necesare, inclusiv cele din cadrul procesului de stabilizare și de asociere, arătând că sunt esențiale relațiile de bună vecinătate și cooperare regională favorabile incluziunii. De asemenea se constată că, deși sunt vizibile progresele pe parcursul anului trecut, unele probleme rămân deschise în continuare, dar se continuă eforturile de combatere a problemelor existente atât pe plan bilateral între țările candidate dar și cu statele membre, inclusiv sub auspiciile ONU, dacă este cazul.

In cele ce urmează vom face scurte aprecieri asupra fiecărui stat în parte, referindu-ne la statele candidate în viitorul apropiat la aderarea la UE, conform Comunicatului Comisiei din 08.10.2014.

Serbia și Kosovo au făcut progrese remarcabile, mijlocite și de intervenția Înaltului Reprezentant al Uniunii Europene pentru afaceri externe şi politica de securitate, Catherine Ashton, care a facilitat realizarea unui dialog la nivel înalt între Belgrad și Pristina, ce a condus la un acord istoric intitulat „Dialogul Belgrad-Priştina” ce are ca scop promovarea cooperării, realizarea de progrese conform obiectivelor stabilite de UE și nu în ultimul rând creșterea nivelului de trai.

[3] Prin decizia Consiliului Uniunii Europene nr. 2010/427/UE din 26 iulie 2010, publicată în J.O. L 201/30 din 03.08.2010

[4] http://eeas.europa.eu/what_we_do/index_ro.htm

[5] http://eeas.europa.eu/top_stories/2014/081014_enlargement_package_en.htm

[6] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Enlargement Strategy and Main Challenges 2014-2015* din 08.10.2014

Misiunea Uniunii Europene în Kosovo (EULEX) are ca obiectiv central acordarea de asistență și sprijin autoritățile din Kosovo în domeniul statului de drept, cu un accent specific asupra sistemului judiciar. Kosovo se confruntă cu numeroase provocări, cum ar fi în principal, reforma economică, legislativă, administrativă și electorală.

Serbia, deși afectată puternic de inundațiile din vara 2014, cu un impact economic considerabil, continuă procesul de aderare, asumându-și angajamentul de normalizare a relațiilor cu Kosovo, făcând progrese în ceea ce privește reforma administrativă dar și asupra independenței justiției[7].

Muntenegru se remarcă prin măsurile întreprinse pentru a pune în aplicare planul de acțiune conform angajamentelor asumate prin negocierile de aderare, dar în același timp trebuie să accelereze reforma anticorupție. De asemenea, reprezentanții europeni apreciază că Muntenegru trebuie să adopte de urgență o lege privind finanțarea partidelor politice și să existe preocupări cu privire la asigurarea libertății de exprimare și mass-media. Totodată, se consideră că este necesară depolitizarea funcției publice și creșterea profesionalismului.

În ceea ce privește Macedonia, negocierile de aderare nu au fost deschise, dar se înregistrează progrese în ceea ce privește reforma administrației publice, precum și cooperarea activă polițienească regională și internațională. Acest stat menține un nivel ridicat de aliniere la acquis-ul comunitar. Chiar și în aceste condiții au existat motive de îngrijorare privind politizarea instituțiilor de stat și controlul guvernamental asupra mass-mediei. Crizele politice dintre partidele guvernamentale și de opoziție au arătat că interesele de partid prevalează asupra intereselor naționale. O altă problemă pe care trebuie să o tranșeze definitiv Macedonia este încheierea disputei cu Grecia cu privire la numele țării.

Referitor la Albania, reprezentanții europeni apreciază că s-au făcut progrese vizibile în ultima perioadă ce privesc: reforma sistemului judiciar, îmbunătățirea luptei împotriva corupției, s-a intensificat lupta împotriva crimei organizate, a criminalității economice și a traficului de ființe umane. În același timp, Albania trebuie să facă eforturi pentru a continua reforma administrativă și cea a sistemului judiciar, în vederea scăderii ratei șomajului și a economiei subterane.

În ceea ce privește Bosnia-Herțegovina, oficialii europeni consideră că nu se fac suficiente eforturi din partea clasei politice pentru a se îndeplini condițiile cerute de UE, nereușind să cadă de acord asupra strategiei de țară cerute de Instrumentul de asistență pentru preaderare, în sectoare precum energie, transport și mediu. De asemenea, Bosnia-Herțegovina trebuie să facă eforturi susținute pentru a se adopta măsuri de reformă pe toate nivelurile de guvernare.

Turcia are un rol economic și politic deosebit în regiune. Uniunea Europeană este interesată de menținerea și consolidarea relațiilor economice cu Turcia, dar și de dezvoltarea cooperării asupra unor probleme de politică externă, deosebit de delicate, apreciindu-se implicarea sa în misiunile și operațiile PSAC[8], disponibilitatea sa de a contribui la EUFOR CAR[9] și a EUBAM Libia[10], sprijinul oferit cetățenilor sirieni, dar și poziția sa față de militanții ISIL.

Pe plan intern, comisia observă că Turcia are o economie puternică fiind un partener comercial important pentru UE și o componentă valoroasă a competitivității UE prin

[7] Ibidem, p. 23
[8] Politica de Apărare și Securitate Comună. Detalii suplimentare: http://www.mae.ro/node/1882
[9] operațiune militară a UE de a contribui la un mediu sigur în Republica Centrafricană, operațiune autorizată de către Consiliul de Securitate al ONU prin Rezoluția 2134 (2014)
[10] Misiunea de asistență a Uniunii Europene pentru gestionarea integrată a frontierelor în Libia (EUBAM Libya)

intermediul uniunii vamale. De asemenea Uniunea este interesată și de dezvoltarea cooperării într-un alt domeniul major, cel energetic.

În urma prezentărilor succinte realizate asupra fiecărui stat, putem constata că fiecare dintre acestea se confruntă cu probleme proprii sau unele dintre ele sunt comune. Comisia, ca și în cazul nostru, analizează riguros fiecare canditat la aderare, pentru că odată membru al Uniunii, instabilitatea dintr-un stat poate consecințe negative asupra economiei europene și implicit asupra monedei unice.

Studiul nostru nu s-a îndreptat față de Cipru marcat de negocieri între liderii ciprioți-greci și ciprioți-turci, încercându-se să se încheie un acord privind reunificarea insulei sub egida ONU și față de Islanda deoarece aceasta a suspendat negocierile de aderare începand cu luna mai 2013.

Indicatori economici cheie

	PIB-ul pe cap de loc. în PPS (% din UE)	PIB-ul creștere (%)	Inflația (%)	Șomajul (%)	Rata de ocupare de vârstă 20-64 (%)	Rata de particip. vârstă 20-64 (%)	Exporturi (% din PIB bunuri și servicii)	Gov. debt (% din PIB)	Gov. deficit (% din PIB)
Albania	30	1,4	1,9	15,6	57,2	68.0	40.2	62.0*	-3.4*
Bosnia-Herțegovina	29	2.5	-0.2	27.5	n/a	n/a	30.0	n/a	-2.2
Macedonia	35	2.9	2.8	29.0	50.3	70.4	53.9	36.0	-4.1
Kosovo	n/a	3.4	1.8	30.0	n/a	n/a	17.4	n/a	n/a
Muntenegru	42	-2.5*	1.8	19.5	52.6	65.1	44.1*	58.0	-2.3
Serbia	36	2.5	7.8	22.1	51.2	66.0	44.7	63.2	-5.0
Turcia	55	4.0	7.5	8.8	53.4	58.4	25.7	36.2*	-0.3*

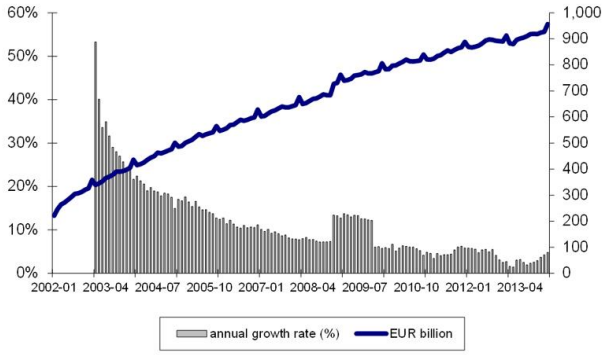
Sursa: Comisia Europeană, după Eurostat, anul de referință 2013, exceptând (*)2012

Instabilitatea politică a Europei a dat naștere la noi semne de întrebare relativ la evoluția monedei euro. Chiar dacă Ucraina nu este încă un stat membru al Uniunii, interesul și preocuparea față de situația politică a acestei zone marcată de conflicte armate este de înțeles, mai ales că instituțiile europene în permanență au reacționat față de orice conflict global, iar astfel de tensiuni în zona europei nu pot decât să adâncească dificultățile deja existente în sânul statelor membre.

Totuși, Uniunea are deplină încredere în Ucraina, Parlamentul European aprobând anul acesta în septembrie Acordul de Asociere UE – Ucraina, inclusiv Acordul de Liber Schimb Aprofundat și Cuprinzător (DCFTA)[11].

Deși capitolul din acord acord privind zona de liber-schimb dintre Ucraina și cele 28 de state membre UE, ar fi trebuit să intre în vigoare la 1 noiembrie 2014, UE, Ucraina și Rusia au căzut de acord în cursul negocierilor să amâne intrarea provizorie în vigoare a regulilor comerciale până la data de 31 decembrie 2015[12].

3. Evolutia monedei euro



Sursa: Banca Centrală Europeană

Graficul prezentat mai sus indică creșterea valorii de bancnote euro în circulație, de la momentul introducerii acesteia în ianuarie 2002. La sfârșitul anului 2013 bancnotele euro, aflate în circulație, au ajuns la o valoare de 956 miliarde €. După introducerea monedei euro în anul 2002, valoarea și numărul de bancnote a crescut în mod constant, dar ratele de creștere s-au redus treptat.

În mod similar, valoarea și numărul monedelor euro în circulație a crescut constant din anul 2002. La sfârșitul anului 2013, 106 miliarde de monede în valoare de 28 de miliarde € au fost în circulație.

Bancnotele euro nu sunt folosite doar de către cei care locuiesc în zona euro. Moneda euro este o monedă internațională, astfel încât unele bancnote euro ajung și rămân în afara zonei.

Analiștii apreciază că între 20% și 25% din bancnotele euro în circulație sunt deținute de persoane din afara zonei euro, în special în regiunile învecinate din zona euro. Solicitarea de bancnote euro în străinătate a crescut vertiginos în cazul în care criza financiară a escaladat, în octombrie 2008. Cererea a crescut considerabil în țările din afara UE din Europa de Est, unde monedele naționale s-au depreciat față de euro. Aceste bancnote euro rămâne în circulație, ceea ce sugerează că acestea sunt ținute de către rezidenți din afara zonei euro[13].

4. Concluzii

[11] Acordul va fi aplicat provizoriu, până la o dată confirmată de Consiliu. Pentru a intra pe deplin în vigoare, acordul trebuie să fie ratificat de cele 28 de state membre, până acum fiind ratificat de doar șase state membre.
[12] http://www.europarl.europa.eu/news/ro/news-room/
[13] https://www.ecb.europa.eu/euro/banknotes/circulation/html/index.en.html

Chiar dacă uniunea este preocupată de situația economică a statelor membre, marcate de criza, ea nu evită a se implica în soluționarea problemelor cu care se confrunta statele candidate pentru poziția de nou membru.

În acest context, al schimbărilor permanente, moneda euro a dat dovadă de forță, a arătat că este o monedă puternică pe piața internațională, nefiind fluctuantă în momentele de tensiune existente la nivel continental. Creșterea sa este constantă, prezentând interes și pentru neeuropeni care au încredere în această monedă. Atâta timp cât euro nu este afectat și Uniunea este puternică, prezentând interes atât pentru noile state candidate cât și pentru viitoare colaborări internaționale.

BIBLIOGRAFIE:

1. Declarația reuniunii la nivel înalt a zonei euro din 29 iunie 2012
2. Decizia Consiliului Uniunii Europene nr. 2010/427/UE din 26 iulie 2010, publicată în J.O. L 201/30 din 03.08.2010
3. Strategia de extindere și principalele provocări 2014-2015”
4. www.eeas.europa.eu
5. www.europarl.europa.eu
6. www.ecb.europa.eu

THE LAW AS AN AXIOLOGICAL SYSTEM

Alexandru Florin Măgureanu, Assist. Prof., PhD, "Spiru Haret" University

Abstract: The object of public law is the organisation of the state and of some categories of legal persons, as well as the relationships between the citizens, the organisation of power and the means through which it is exercised. The object of the private law is represented by the relationships between individuals, without a direct connection neither with the exercising of state power, or with the activity of public agents, but with the private autonomous acts. There is a clear general distinction between private and public law; also there is a clear distinction between different branches of law. However, in order for the law to achieve its ultimate goals, it is necessary for it to function as an unified system. Democratic law systems are orbiting around essential principles such as legality, equality in front of the law, equity and justice, freedom and human rights. The authority of the law in making value statements is sometimes challenged, however the role that the rules of law have in protecting values is unanimously recognized. The law cannot be considered as a simple arbiter, but as a protector of essential values and in some circumstances, even as a promoter of values. The law is called upon to decide what social values must gain juridical power. Assuming this important task, law as a system must coexist with other systems of values (such as ethics or religion).

Keywords: juridical axiology, system of law, rule of law, values, hierarchy.

1. Norma juridică

Orice formă de organizare socială presupune existenţa unor prescripţii, reguli sau maxime de conduită, impuse tuturor printr-o presiune socială căreia nu i se poate sustrage nimeni fără a se expune la sancţiuni de diferite grade[1].

Norma este o „regulă (explicită sau implicită) ce impune un cadru al acţiunii prin intermediul unor sancţiuni şi incitări, într-o comunitate sau un grup restrâns. Recunoaşterea caracterului imperativ al unei norme se învaţă prin socializare"[2].

Legalitatea presupune ca, atât la baza instituirii puterii de stat cât şi la baza funcţionării statului, să se afle norma de drept. Statul de drept nu poate exista dacă nu-i sunt asigurate bazele legale care să-i confere legitimitate şi să-i garanteze funcţionarea[3]. În statul de drept, dreptul îndeplineşte misiunea de intermediar între idealurile morale, filosofice şi forţele reale, între ordine şi viaţă[4].

Ştiinţa juridică, dar şi dreptul aplicat, dreptul pozitiv, au în centrul preocupărilor lor norma de drept ce a fost definită ca „o regulă care stabileşte cum trebuie să acţioneze sau să se comporte membrii societăţii în anumite condiţii determinate, pentru ca rezultatele lor să fie eficiente şi apreciate pozitiv[5]"; ca element constitutiv al dreptului, fiind„o regulă de conduită, instituită de puterea politică sau recunoscută de aceasta, a cărei respectare este asigurată, la nevoie, prin forţa coercitivă a statului"[6]. Norma juridică „are caracter prescriptiv, ea stabileşte

[1]*Etica*, Ed. Ziarului Universul, Bucureşti, 1941, p. 17
[2]*Dicţionar de ştiinţe umane*, Ed. Nemira, Bucureşti, 2000, p. 225
[3]Costică Voicu, *Teoria generală a dreptului,* Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2002,p. 103
[4]Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, Bucureşti, 1997, p. 120
[5]Gheorghe Boboş, *Teoria generală a statului şi dreptului,* Ed. Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 1983, p. 177
[6]Mihai Bădescu, *Teoria normei juridice*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2004, p. 11

ceea ce trebuie să fie, impune o anumită conduită constând dintr-o acţiune sau inacţiune umană îndreptată într-o anumită direcţie, în vederea realizării unui anumit scop”[7].

Legalitatea implică o subordonare necondiţionată a subiectului raporturilor juridice faţă de comandamentul normativ. Dar, pentru ca această conformare[8] să poată deveni realitate nemijlocită în practica socială cotidiană, este necesar ca subiectele raporturilor juridice să-şi cunoască drepturile şi obligaţiile în mod clar şi necondiţionat. Forma scrisă a legii, mijloacele statale specifice de publicitate a conţinutului legii reprezintă garanţii de certitudine a acesteia în raport cu alte izvoare de drept. Legea nu este un izvor de drept oarecare, ci este de o esenţă superioară. „Ea trece cea dintâi înainte şi anulează orice reguli preexistente care ar contrazice-o; ea nu poate fi modificată sau abrogată decât tot printr-o lege. Numai legile sunt acte de suveranitate”[9]. Norma juridică presupune ca persoanele aflate în poziţii de autoritate să îşi exercite puterile într-un cadru limitat de normele publice, mai degrabă decât în baza propriilor lor preferinţe, ideologii, sau propriei lor concepţii despre bine şi rău[10]. Norma juridică, spre deosebire de celelalte norme sociale (religioase, morale), este învestită cu forţă juridică; altfel spus, nerespectarea ei poate atrage pedeapsa, în funcţie de natura normei, de valoarea ocrotită şi de gravitatea încălcării. Normele de drept sunt fie comandamente precise, ce impun un anumit comportament şi sancţionează nerespectarea acestei impuneri, fie regulamente-cadru, ce impun un comportament care să se încadreze între limitele trasate prin lege, sub sancţiunea pedepsirii încălcării acestor limite. Prin folosirea regulilor, explicăm o regularitate sau o uniformitate. Norma de drept este o regulă de conduită socială obligatorie, generală şi impersonală, instituită sau recunoscută de puterea publică, în scopul asigurării ordinii de drept, a cărei respectare este asigurată prin forţa de constrângere a statului[11].

Într-o opinie[12], definirea conceptului de normă juridică apare în strânsă legătură cu trei caracteristici esenţiale ale regulii juridice: generalitatea, impersonalitatea şi obligativitatea. Autorul indicat defineşte norma de drept ca „regula socială de comportament, caracterizată prin generalitate, impersonalitate şi obligativitate, instituită sau recunoscută de autoritatea publică având acest atribut conferit de societate şi a cărei aplicare se asigură prin acceptarea conştientă de către destinatarii ei, nerespectarea fiind sancţionată de către forţa de constrângere specializată a statului”. Norma de drept este diviziunea fundamentală în orice sistem juridic, întrucât o regulă stabileşte un anumit cadru, o anumită situaţie, pe când un principiu explică anumite reguli, le dă o justificare. Având în vedere definiţiile date regulii de drept, putem conchide că norma juridică este o declaraţie de valori, principii sau mijloace de rezolvare a unor conflicte, făcută de puterea publică, legitimată prin suveranitatea cetăţenilor şi instituită cu acceptul prezumat al acestora, generală şi impersonală, ce impune anumite modele comportamentale şi ale cărei dispoziţii sunt aplicate obligatoriu de către autoritatea publică şi respectate de către destinatarii săi, sub sancţiunea pedepsei legale.

Putem afirma că orice normă generală, în enunţarea ei abstractă, are vocaţia de a se individualiza, în aplicarea ei unor persoane determinate. Generalitatea aplicării este criteriul esenţial pentru atribuirea calităţii de normă juridică[13]. Nimic din ceea ce este legat de drept si

[7]Ion Craiovan, *Tratat de teoria generală a dreptului*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2007, p. 352
[8]Nicolae Popa, *op. cit.*, p. 217
[9]Nicolae Steinhardt, *Principiile clasice şi noile tendinţe ale dreptului constituţional,* Ed. Solstiţiu, Satu Mare, 2000, p. 81
[10]Jeremy Waldron, *The concept and the rule of law,* Georgia law review, Public law research paper nr. 08-50, 2008, p. 6
[11]Romul P. Vonica, *Introducere generală în drept*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2000, p. 237
[12]Radu Stancu, *Norma juridică*, Ed. Tempus, Bucureşti, 2002, p. 43
[13]Sofia Popescu, *Teoria generală a dreptului,* Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2000, p. 146; „Aş fi vrut – scria Jean-Jacques Rousseau – ca nimeni în stat să nu se poată socoti mai presus ca legea şi ca nimeni să nu poată impune

institutiile sale nu are voie sa paseasca in afara sferei binelui, echitatii si moralei. Dreptul nu poate fi conceput in afara sferei drepturilor fundamentale ale individului care garanteaza egalitatea deplina a tuturor oamenilor[14].

2. Legitimarea autorităţii dreptului prin recunoaşterea valorilor sociale

S-a arătat[15] că definirea sistemului juridic ca fiind „orice sistem de comandă cu forţa de a domina toate celelalte sisteme dintr-o societate dată, unde linia de comandă poate fi urmărită până la o singură sursă politică", apare astăzi ca fiind insuficientă, întrucât, arată autorul, o astfel de definiţie ar include şi sisteme de drept, ca de exemplu cel din Coreea de Nord sau chiar cel din Germania nazistă. Pentru a putea fi numit „sistem de drept", orice organizare de acest fel trebuie să îndeplinească anumite condiţii considerate esenţiale[16]:

-existenţa instanţelor judecătoreşti, ca instituţii care aplică normele şi directivele, edictate pentru întreaga societate, la cazuri individuale şi care rezolvă disputele cu privire la aplicarea normelor;

-existenţa normelor publice cu un grad ridicat de generalizare;

-elaborarea legilor trebuie să fie un procedeu public, realizat de către puterea legislativă ;

-orientarea legilor spre realizarea binelui public, pentru recunoaşterea şi protejarea sumei calităţilor ce dau valoare unei societăţi umane;

-sistematizarea actelor normative, crearea unei construcţii coerente şi solide.

Considerăm că îndeplinirea acestor condiţii esenţiale, alături de condiţiile pe care trebuie să le îndeplinească norma juridică, contribuie în mod decisiv la legitimarea dreptului. Legitimarea trebuie să fie un proces continuu întrucât şi dreptul, la rândul său, este o cucerire permanentă. „Căci –arăta Nicolae Iorga[17]- o societate nu crede decât în ideile pe care le-a produs, după cum niciun om nu crede într-adevăr decât în credinţile care au fost smulse din adâncul sufletului său. Nu are nicio valoare o reţetă pe care ţi-o dă cineva; numai ceea ce cu osteneală, cu suferinţă, cu sudoare iese din viaţa fiecăruia, numai aceea are valoare".

Iniţial, preceptele religioase şi obiceiurile ancestrale aveau rolul de a da autoritate, de a legitima dreptul. Dreptul era considerat ca având o sursă exterioară omului. Regulile care existau în cadrul gintei, erau comandate în mare parte de aşa numitul „cult al totemului"[18]. Deoarece nici omul şi nici natura –notează Durkheim[19]- nu au prin sine un caracter sacru, înseamnă că îl deţin dintr-o altă sursă. În afara individului şi a lumii fizice trebuie, aşadar, să existe o altă realitate în raport cu care acest tip de delir primeşte o semnificaţie şi o valoare obiectivă[20]. Totemismul poate fi considerat un cult mai primitiv decât animismul şi naturismul. În mod normal, totemul nu este un individ, ci o specie sau o varietate. Totemul este şi o emblemă, un adevărat blazon ale cărui analogii cu blazonul heraldic au fost adesea remarcate[21]. Practicile cultului au rolul de a strânge legăturile dintre credincioşi şi zei, precum

---

recunoaşterea de către stat a celor făcute în afara legii; căci oricare ar fi alcătuirea unui guvernământ, dacă acolo există un singur om care nu este supus legii, toţi ceilalţi sunt în mod necesar la discreţia lui." (Jean-Jacques Rousseau, *Discurs asupra originii şi fundamentelor inegalităţii dintre oameni*, Ed. Best Publishing, Bucureşti, 2001, p. 9)

[14] Mihail Niemesch, *Izvoarele dreptului international si ale dreptului Uniunii Europene din perspectiva Teoriei Generale a Dreptului*, Ed. Hamangiu, Bucuresti 2011, p.8

[15]Jeremy Waldron, *op. cit*., p. 15

[16]*Ibidem*, pp. 21-39

[17]NicolaeIorga, *Evoluţia ideii de libertate*, Ed. Meridiane, Bucureşti, 1987, pp. 99-100

[18]Noţiunea de totemism a apărut pentru prima dată în secolul al XVIII-lea în literatura etnografică.

[19]Emile Durkheim, *Formele elementare ale vieţii religioase*, Ed. Antet, Bucureşti, 2005, p. 64

[20]*Idem*

[21]*Ibidem*, p. 83

şi de a strânge legăturile dintre individ şi societatea din care face parte, legitimând astfel norma. Iniţial, dreptul se confunda cu „tabuul", iar norma fundamentală era obiceiul tribului.

Mai târziu, avea să ia naştere diferenţierea dintre religie, morală şi drept, cu toate că, din multe puncte de vedere, nici în sistemele moderne linia ce separă dreptul de morală nu este una perfect dreaptă, ci mai degrabă sinuoasă. Hugo Grotius considera dreptul natural ca fiind compus din „reguli ale dreptei raţiuni, care arată că o acţiune este, din punct de vedere moral, corectă sau incorectă, după cum corespunde sau nu cu însăşi natura raţională şi că, în mod statornic, asemenea acţiuni sunt prescrise sau oprite de creatorul naturii, Dumnezeu"[22]. Dreptul natural, sublinia acelaşi autor, „este într-o asemenea măsură imuabil, încât nici Dumnezeu nu-l poate schimba"[23]. De altfel, principiile dreptului natural au fost enunţate încă din perioada antică, fiind discutate în detaliu de către Platon şi Aristotel[24].

Fundaţia pe care sunt construite astăzi normele de drept, legitimarea pe care legea se construieşte şi se bazează o reprezintă respectarea valorilor esenţiale pentru umanitate. Omul se află în centrul preocupărilor juridice, niciodată ca mijloc, întotdeauna ca scop. Dupa cum arata autorul Mihail Niemesch „factorul uman reprezintă interesul major al legiutorului, cât şi halta de destinaţie a normei juridice. Dreptul este circumscris socio-umanului, toate acţiunile şi non-acţiunile omului sunt guvernate de drept[25]. Aşa cum arăta Edmond Picard, scopul dreptului, teleologia sa, poate fi rezumat într-un singur cuvânt: justiţia; acela de a face să domnească justiţia, adică stabilirea raporturilor sociale care reclamă protecţia colectivităţii prin constrângere, echivalentul binelui, bunăstării în cel mai înalt grad, obţinute cu ajutorul dreptului[26]. Un astfel de deziderat presupune în mod obligatoriu protejarea valorilor considerate fundamentale într-o societate. Aşa cum s-a subliniat în literatura de specialitate, există constante umane prin care valorile sunt moştenite de la o generaţie la alta, valori fundamentale comune întregii umanităţi, cum ar fi viaţa, pacea, idealul de justiţie, adevăr şi libertate[27]. Unul dintre rolurile esenţiale este acela de a media între comportament şi valoare[28]. În statul de drept, dreptul îndeplineşte misiunea de intermediar între idealurile morale, filosofice şi forţele reale, între ordine şi viaţă[29]. Această misiune, pe care dreptul şi-o asumă, reprezintă ea însăşi modalitatea prin care un sistem juridic îşi construieşte legitimitatea asigurând astfel recunoaşterea, conservarea, afirmarea unor valori sociale considerate importante şi, în acelaşi timp, calea prin care sistemul juridic îşi asigură propria supravieţuire. Chiar şi în regimurile totalitare a existat întotdeauna o preocupare (obsesivă uneori) de asimula, de a purta masca justului, de a da o aparenţă echitabilă, conştientizând, aşa cum face orice sistem care încearcă să îşi asigure supravieţuirea, că respectarea legilor şi responsabilitatea cetăţenilor sunt posibile numai atunci când aceştia au încredere în normele respective, atunci când ei cred în idealurile şi valorile sociale recunoscute şi promovate prin legi.

Frecvenţa ridicată a încălcării legii ridică serioase semne de întrebare cu privire la oportunitatea şi legitimarea respectivei norme. În acelaşi timp există însă şi valori ce nu pot fi negociate şi care rămân perene în statul de drept, cum ar fi, de exemplu, dreptul la viaţă.

[22]Hugo Grotius, *Despre dreptul războiului şi al păcii*, Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, 1968, p. 108
[23]*Ibidem*, p. 109
[24] Claudiu D. Butculescu, Consideraţii privind dreptul natural în spaţiul anglo-saxon, în volumul Dinamica Dreptului românesc după aderarea la Uniunea Europeană, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p.601
[25] Mihail Niemesch,*op.cit.* p.8
[26]Edmond Picard, *Le droit pur*, Ed. Ernest Flammarion, Paris, 1908, p. 303
[27]Sofia Popescu, *About law and value with special regard on justice*, înValahia University, Law Study, vol. XIX, nr. 1, Ed. Bibliotheca, Târgovişte, 2012, p. 9
[28]*Idem*
[29]Nicolae Popa, *op. cit*., p. 120

Folosirea regulii presupune o multitudine de situaţii, făcând astfel regula să fie diferită de observaţiile singulare, având un caracter mai degrabă general decât particular[30]. Cu toate că legile nu sunt perfecte, „insistând pe urmarea unei reguli, s-ar putea să nu obţinem rezultatul optim, dar eliminăm cele mai nesăbuite alegeri ce ar putea fi luate în luarea de decizii”[31].

Norma juridică nu este edictată într-un „spaţiu gol”, într-un vid, ci într-o ordine juridică ce există deja, norma fiind în acest caz o recunoaştere, şi nu o instituire a unei valori. Admiţând acest fapt, am putea admite şi că valorile pe care normele juridice şi principiile le apără şi promovează capătă, în acelaşi timp, şi trăsăturile unor izvoare materiale de drept, respectiv anumite condiţii, factori ce generează, condiţionează apariţia unor norme juridice.

Se poate face o distincţie între norme şi principii prin felul în care ele descriu comportamentele. În timp ce regulile sunt norme descriptive imediate, deoarece prescriu obligaţii, permiteri sau prohibiţii, prin descrierea comportamentului ce trebuie urmat, principiile sunt reguli ce urmăresc o finalitate, întrucât oferă o stare de lucruri a căror realizare presupune adoptarea anumitor comportamente[32]. Principiile sunt reguli a căror trăsătură esenţială este definirea scopurilor relevante juridic, în timp ce trăsătura esenţială a normelor este definirea comportamentelor[33]. Autorul Mircea Cosmovici[34] constată că, în doctrină, principiile fundamentale (ale dreptului internaţional) sunt definite ca idei, norme, norme de comportare, prescripţii normative. Autorul indicat observă că, deşi principiile fundamentale ale dreptului internaţional nu întrunesc toate caracteristicile normelor, ele posedă şi unele dintre acestea, şi anume: comportamentul cerut, valorile promovate şi subiectele vizate sunt integrate într-o ordine normativă[35]. Scopul normei juridice este de a asigura convieţuirea socială, orientând comportamentul oamenilor în direcţia promovării şi consolidării relaţiilor sociale în relaţie directă cu valorile sociale statornicite în societate[36].

Unul dintre elementele regulii de drept, în sensul pe care i-l atribuim astăzi, este aşteptarea ca autoritatea publică ce ia o decizie care ne afectează viaţa să justifice acea decizie. Presupunem că, mai ales judecătorii, îşi vor motiva deciziile, dar şi alţi oficiali, membri ai legislativului sau ai executivului. În alte cuvinte, presupunem că sistemul nostru juridic este construit pe refuzarea puterii brute, arbitrare[37]. Regele cu puteri nelimitate, arată Mathilde Cohen, nu trebuia să îşi justifice deciziile, întrucât ele îşi găseau o justificare suficientă în chiar voinţa sa, care nu era limitată prin nicio lege. Celebrele cuvinte ale lui Ludovic al XIV-lea, „statul sunt eu”, adresate reprezentanţilor parlamentului francez, sunt şi astăzi o expresie a puterii absolute, putere ce nu trebuia să fie legitimată sau îngrădită în vreun fel, putere care, sperăm noi, a devenit un concept anacronic pentru orice stat democrat. Conceptul de normă juridică a devenit astăzi inseparabil de necesitatea justificării deciziilor juridice, de explicarea motivelor ce au condus la o anumită hotărâre. Justificarea unei soluţii este o componentă esenţială a abordării procedurale a regulii de drept, statul fiind obligat să acţioneze într-o manieră previzibilă şi consistentă, justificând motivele ce au dus la acea

[30]Frederick Schauer, *Playing by the rules: A philosophical examination of rule based decision making in law and in life*, Oxford University Press, 1991, p. 17
[31]*Ibidem*, p. 146
[32]Alexandru F. Măgureanu, *Principiile generale ale dreptului*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p. 65
[33]Humberto Avila, *Theory on legal principles*, Ed. Springer, Dordrecht, 2007, p. 34
[34]Paul Cosmovici, *Les principes fondamentaux du droit international à la lumière de la praxiologie et de la théorie de normes*, în Sciences Juridiques, Tome I, 1990, nr. 2, pp. 85-87
[35]Un exemplu clar, credem, în acest sens este art. 2 din *Tratatul privind Uniunea Europeană*, la care ne vom referi în cadrul unei secţiuni diferite a lucrării.
[36]Mihai Bădescu, *Teoria normei…op.cit.*, p. 11
[37]Mathilde Cohen, *The rule of law as the rule of reasons*, în Archiv fur rechts und sozialphilosophie, vol. 96, nr. 1, 2010, p. 2

acţiune[38]. Cei împotriva cărora sunt luate aceste acţiuni trebuie să aibă posibilitatea de a discuta, de a combate motivările deciziilor. Dacă un organism public nu îşi motivează decizia, persoana afectată de aceasta va fi lipsită de unul dintre mijloacele esenţiale pentru apărarea sa. Justificarea deciziilor este o componentă esenţială a idealului regulii de drept deoarece, în absenţa sa, un regim în care regula de drept există ar înceta să mai fie conformă cu regula de drept[39]. Justificarea deciziilor contribuie şi la un control mai bun, la o mai bună verificare. Argumentarea deciziei luate apare şi ca o formă de presiune pozitivă, autoritatea manifestă mai multă atenţie în luarea unei decizii, ştiind că trebuie să o motiveze şi astfel este mai puţin dispusă să ia decizii pripite sau bazate pe criterii subiective. Trebuie totuşi să remarcăm că există şi acţiuni ale statelor sau ale altor organisme publice care nu trebuie să fie motivate (spre exemplu, activitatea de legiferare în sine), fapt ce apare ca o necesitate pentru împlinirea justiţiei. Dreptul feudal s-a exprimat, în general, prin obicei şi jurisprudenţă. Centralizarea excesivă a puterii în mâna monarhului[40] a dat naştere la diferite abuzuri, ilegalităţi şi la nesocotirea dreptului. Istoria a dovedit cât de dăunător poate fi, pentru orice societate umană, să existe indivizi plasaţi deasupra legilor. Pentru a putea exista o societate, o organizare umană care are pretenţia de a fi una în care drepturile şi libertăţile oamenilor sunt respectate, este necesar ca nimeni să nu poată afirma „statul sunt eu", în sensul că o singură persoană sau un grup de persoane au puterea absolută, putere ce nu trebuie să fie legitimată în niciun fel.

Există autori[41] care afirmă tranşant că: „Pentru aceia dintre noi care au trăit în perioada «divorţului» dintre lege şi justiţie, regulile de drept apar goale, lipsite de orice proclamare a unui bine superior. Putem lăuda dreptul pentru legitimitatea sa, corectitudine sau eficienţă, dar nu îl iubim pentru justiţie". Idealul de justiţie, la fel ca şi legea, sunt mult prea abstracte astăzi pentru a fi respectate, dacă nu sunt însoţite şi de ideea de utilitate. Probabil că nu numai schimbările din societate sunt responsabile pentru acest lucru, ci şi gradul din ce în ce mai mare de tehnicizare pe care îl capătă normele de drept în general. Uneori, este greu să vezi idealul de justiţie în spatele unor formulări generale, abstracte, de o rigoare matematică. Cu toate acestea, nu putem accepta că între lege şi justiţie a existat un „divorţ", o despărţire totală. Noţiunea de lege, la fel ca cea de naţiune sau suveranitate,sunt prea abstracte pentru a atrage automat recunoaşterea lor socială, pentru a asigura respectarea lor. Chiar recunoaşterea legalităţii la nivel de principiu nu este suficientă pentru a asigura respectarea legii, dacă prin norme nu sunt consacrate valori sociale a căror importanţă nu poate fi negată, necesitatea respectării acestora apărând ca un fapt de la sine înţeles, firesc şi just, pentru destinatarii legii.

Acknowledgement:

This paper has been financially supported within the project entitled ***"Horizon 2020 - Doctoral and Postdoctoral Studies: Promoting the National Interest through Excellence, Competitiveness and Responsibility in the Field of Romanian Fundamental and Applied Scientific Research",*** contract numberPOSDRU/159/1.5/S/140106. This project is co-financed by European Social Fund through Sectoral Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013. **Investing in people!**

Bibliography:

- Costică Voicu, Teoria generală a dreptului, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2002

[38]*Ibidem*, p. 3
[39]*Ibidem*, p. 10
[40]Nicolae Popa, *op. cit.*, p. 215
[41]Roger Berkowitz, *Democratic Legitimacy and the Scientific Foundation of Modern Law,Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, No. 1, 2007, p. 26

- Claudiu D. Butculescu, Considerații privind dreptul natural în spațiul anglo-saxon, în volumul Dinamica Dreptului românesc după aderarea la Uniunea Europeană, Ed. Universul Juridic, București, 2011
- Edmond Picard, Le droit pur, Ed. Ernest Flammarion, Paris, 1908
- Frederick Schauer, Playing by the rules: A philosophical examination of rule based decision making in law and in life, Oxford University Press, 1991
- Gheorghe Boboş, Teoria generală a statului şi dreptului, Ed. Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 1983
- Hugo Grotius, Despre dreptul războiului şi al păcii, Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, 1968
- Humberto Avila, Theory on legal principles, Ed. Springer, Dordrecht, 2007
- Ion Craiovan, Tratat de teoria generală a dreptului, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2007, p. 352
- Jeremy Waldron, The concept and the rule of law, Georgia law review, Public law research paper nr. 08-50, 2008
- Mathilde Cohen, The rule of law as the rule of reasons, în Archiv fur rechts und sozialphilosophie, vol. 96, nr. 1, 2010
- Măgureanu Alexandru F., Principiile generale ale dreptului, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011
- Mihai Bădescu, Teoria normei juridice, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2004
- Mihail Niemesch, Izvoarele dreptului international si ale dreptului Uniunii Europene din perspectiva Teoriei Generale a Dreptului, Ed. Hamangiu, Bucuresti, 2011
- Nicolae Popa, Teoria generală a dreptului, Ed. Actami, Bucureşti, 1997
- Nicolae Steinhardt, Principiile clasice şi noile tendinţe ale dreptului constituţional, Ed. Solstiţiu, Satu Mare, 2000
- Nicolae Iorga, Evoluţia ideii de libertate, Ed. Meridiane, Bucureşti, 1987
- Paul Cosmovici, Les principes fondamentaux du droit international à la lumière de la praxiologie et de la théorie de normes, în Sciences Juridiques, Tome I, 1990, nr. 2
- Radu Stancu, Norma juridică, Ed. Tempus, Bucureşti, 2002
- Roger Berkowitz, Democratic Legitimacy and the Scientific Foundation of Modern Law,Theoretical Inquiries in Law, vol. 8, No. 1, 2007
- Romul P. Vonica, Introducere generală în drept, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2000
- Sofia Popescu, About law and value with special regard on justice, înValahia University, Law Study, vol. XIX, nr. 1, Ed. Bibliotheca, Târgovişte, 2012
- Sofia Popescu, Teoria generală a dreptului, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2000

THE CHANGE IN MATRIMONIAL REGIME IN THE REGULATIONS OF THE NEW CIVIL CODE

Mihaela Adriana Oprescu, Assist. Prof., PhD, "Babeș-Bolyai" University of Cluj-Napoca

Abstract: The matrimonial regime is conceived as a body of coherent rules which organise patrimonial relations between spouses, as well as between spouses and third parties. With regard to the Family Code, unlike most European legal systems, the Romanian one was restrictive, providing for the single, mandatory and immutable matrimonial regime of the community of assets, presuming that any asset acquired by the spouses or by only one of them is a common asset (Art. 30 of the Family Code). Outlining the imperative nature of the legal provisions pertaining to the singleness and mandatory character of the community of assets regime, Art. 30 paragraph 2 of the Family Code stipulated that any convention through which one may contradict the common nature of the assets acquired during marriage was null and void.

We notice that upon the entry into force of the new Civil Code, the legislator abandoned this restrictive view on the patrimonial relations between spouses, acknowledging the freedom of spouses to choose the matrimonial regime that shall govern the patrimonial effects of their marriage.

The plurality of matrimonial regimes offers future spouses the possibility to choose between the legal matrimonial regime and one of the matrimonial regimes provided by the law (i.e. the separation of assets regime and the conventional community regime). Spouses are not obliged to opt for a certain matrimonial regime, as in the absence of such a choice, by means of a matrimonial convention, they are subjected to the default regime of legal community.

The principle of mutability of matrimonial assets provided by the new Civil Code therefore enables the married couple to make a choice of regime, which would be in keeping with the familial-personal context, depending on the concrete situation at any given time pertaining to the professional status of the spouses, their age, the extent of their debts, the existence of children from a previous marriage etc.

The right of the spouses to opt for one matrimonial regime or another may be exerted ab initio, either prior to or after the commencement of marriage, by means of conventionally altering the existing matrimonial regime, which can be that of the legal community (if the spouses have not signed a matrimonial convention), or of another convention (when there is a previous matrimonial convention).

The freedom of spouses to alter their matrimonial regime covers a broad area, with regard to the contents of such a modification. The spouses can thus completely change this regime (for instance, switching from the legal community regime to that of the separation of assets, or from the latter to the conventional community), or partly amend it, with respect to one or more aspects of the regime, by adding or suppressing certain provisions from the initial convention (inserting or removing a preciput clause, composing the common assets mass, altering the status of an asset, inserting an asymmetric division or preferential attribution clause, in the case of the conventional community etc.).

Contentious and forceful by nature, the juridical change of matrimonial regime is different from conventional change, achieved through the consent of the spouses.

The juridical change envisages the juridical switch from the community of assets regime to the separation of assets regime, at the behest of one of the spouses, if through the existing

documents, the other spouse jeopardises the patrimonial interests of the family (Art. 370 paragraph 1 Civil Code).
The separation of assets engenders a double effect: on the one hand, an extinctive one, i.e. the dissolution of the previous matrimonial regime (of the legal or conventional community), and on the other hand, one we are entitled to name acquisitive, as the spouses are righteously placed under the auspices of the separation of assets, in accordance with the provisions of Art. 360-365 of the Civil Code.
The judicial separation of assets is, therefore, an original mechanism through which the dysfunctions within a community regime, legal or conventional, are ended.
What are the conditions that may prompt the conventional or the juridical alteration of the matrimonial regime, what are the effects of the latter on the spouses and with regard to third parties, to what extent could this change in regime defraud the interests of third parties, what are the means which the latter possess so as to prevent the compromising of their rights or to safeguard their interests? All of these aspects are to be analysed in extenso throughout this study.

Keywords: matrimonial regime, matrimonial convention, separation of assets, community regime, fraud.

1.*Consideraţii generale*. Regimul matrimonial este conceput ca un corp de reguli coerente care organizează raporturile patrimoniale dintre soţi, respectiv dintre soţi şi terţi. Sub imperiul Codului familiei, spre deosebire de majoritatea sistemelor de drept europene, sistemul românesc a fost unul restrictiv, consacrând regimul matrimonial unic, obligatoriu şi imutabil al comunităţii de bunuri, prezumându-se că orice bun dobândit de soţi sau numai de către unul dintre ei în timpul căsătoriei este bun comun (art. 30 alin.1 Codul familiei). Subliniind caracterul imperativ al prevederilor legale cu privire unicitatea şi obligativitatea regimului comunităţii de bunuri, art. 30 alin.2 Codul familiei statua că este lovită de nulitate orice convenţie prin care s-ar contrazice prezumţia de comunitate a bunurilor dobândite în timpul căsătoriei.

De asemenea, dispoziţiile art. 30 alin.3 Codul familiei instituiau, în privinţa bunurilor dobâdite în timpul căsătoriei, o prezumţie relativă de comunitate, ceea ce, pe de o parte, îl scutea de dovadă pe cel care pretindea calitatea de bun comun, iar pe de altă parte, îl obliga pe cel care contesta comunitatea unui bun să facă dovada faptului că acest bun nu a fost dobândit în timpul căsătoriei, ori că, deşi dobândit în timpul căsătoriei, este propriu, raportat la dispoziţiile art. 31 Codul familiei.

Observăm că prin intrarea în vigoare a noului Cod civil, legiuitorul a renunţat la această viziune restrictivă asupra raporturilor patrimoniale dintre soţi, consacrând libertatea soţilor în alegerea regimului matrimonial care va guverna efectele patrimoniale ale căsătoriei lor.

Pluralitatea regimurilor matrimoniale (art. 312 alin.1 Cod civil) conferă viitorilor soţi/soţilor posibilitatea de a alege între regimul matrimonial legal şi unul dintre regimurile matrimoniale convenţionale prevăzute de lege (respectiv regimul separaţiei bunurilor şi regimul comunităţii convenţionale). Soţii nu sunt obligaţi să aleagă un anumit regim matrimonial, în absenţa unei astfel de opţiuni prin convenţie matrimonială, fiind supuşi regimului supletiv de voinţă al comunităţii legale.

Principiul mutabilităţii regimurilor matrimoniale consacrat de noul Cod civil oferă cuplului căsătorit oportunitatea de a face o alegere de regim, care să corespundă într-o măsură satisfăcătoare contextului familial-personal, profesional şi patrimonial, în funcţie de situaţia

concretă existentă la un moment dat legată de activitatea profesională a soţilor, vârsta acestora, întinderea datoriilor lor, existenţa copiilor din prima căsătorie, etc.

Dreptul de opţiune al soţilor pentru un regim matrimonial sau altul se poate exercita *ab initio*, înainte de încheierea căsătoriei sau posterior, pe calea modificării regimului matrimonial existent, care poate fi cel al comunităţii legale (dacă soţii nu au încheiat o convenţie matrimonială) sau un altul convenţional (atunci când există o convenţie matrimonială anterioară).

Libertatea soţilor de modificare a regimului matrimonial acoperă o arie extinsă sub aspectul elementelor de conţinut ale acestei modificări. Soţii pot astfel să schimbe complet regimul (spre pildă, trecând de la regimul comunităţii legale la cel al separaţiei de bunuri, ori de la acesta din urmă la comunitatea convenţională) sau să îi aducă modificări parţiale, limitate la unul sau mai multe aspecte ale regimului, prin adăugarea sau suprimarea anumitor clauze din convenţia iniţială (inserarea sau eliminarea unei clauze de preciput, compunerea masei de bunuri comune, modificarea statutului unui bun, inserarea unei clauze de partaj inegal sau de atribuire preferenţială, în cazul comunităţii convenţionale, etc.).

Modificarea regimului matrimonial nu poate însă surveni decât după împlinirea unui termen de 1 an de la încheierea căsătoriei (art. 369 alin.1 Cod civil), evitându-se în acest fel modificările intempestive şi conferindu-se astfel posibilitatea soţilor de a "testa" pe parcursul unui interval de timp apreciat rezonabil de către legiuitor, eficacitatea regimului iniţial.

Sintagma folosită de legiuitor "ori de câte ori doresc" îndreptăţeşte concluzia că termenul de un an vizează doar prima modificare a regimului matrimonial existent, pentru modificările ulterioare nemaifiind prevăzut un interval de timp prohibitiv.

Potrivit art. 37 din Legea nr. 71/2011 privind punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, dispoziţiile art. 369 Cod civil sunt aplicabile şi căsătoriilor în fiinţă la data intrării în vigoare a noului Cod civil. În consecinţă, soţii căsătoriţi sub imperiul regimului comunităţii legale, reglementat de Codul familiei, pot încheia o convenţie matrimonială în formă autentică notarială prin care să opteze fie pentru regimul comunităţii convenţionale, fie pentru separaţia de bunuri.

2. *Condiţiile modificării convenţionale.* Potrivit principiului simetriei formelor, modificarea convenţională a regimului matrimonial trebuie realizată cu respectarea condiţiilor de fond şi de formă prevăzute de lege pentru încheierea convenţiilor matrimoniale.

Convenţia modificatoare, se încheie prin înscris autentificat de notarul public, cu consimţământul soţilor, exprimat personal sau prin mandatar cu procură autentică, specială şi având conţinut predeterminat. Notarul public va lua consimţământul soţilor, verificând dacă sunt îndeplinite condiţiile de fond pentru încheierea unei astfel de convenţii de către aceştia.

Ţinând cont de gravitatea consecinţelor convenţiei matrimoniale, atât în privinţa soţilor/viitorilor soţi, cât şi în raporturile cu terţii, forma autentică asigură protecţia voinţei părţilor şi această protecţie este cu atât mai eficace, cu cât notarul îşi informează clienţii asupra consecinţelor angajamentului lor. Totodată, forma autentică se înfăţişează ca un filtru al voinţei părţilor, notarul putând, în anumite cazuri, să refuze încheierea convenţiei matrimoniale (bunăoară, atunci când, cu încălcarea dispoziţiilor art. 312 alin.1 Cod civil, soţii urmăresc să îşi configureze un regim matrimonial *sui generis*, prin combinarea mai multor tipuri de regim).

Convenţia matrimonială modificatoare, în absenţa unor dispoziţii legale speciale, este supusă în privinţa condiţiilor de validitate, regulilor din dreptul comun, cu unele particularităţi determinate de legătura strânsă în care se află cu mariajul.

Aşa fiind, şi viciile de consimţământ vor fi cele din dreptul comun, şi nu cele din materia căsătoriei[1]; Aceeaşi opinie s-a dezvoltat şi în doctrina franceză, autori consacraţi reţinând că dolul reprezintă o cauză de nulitate a convenţiei matrimoniale, în condiţiile în care, în dreptul francez, dolul nu constituie viciu de consimţământ al actului juridic al căsătoriei.[2]

Astfel, eroarea va putea constitui viciu de consimţământ în condiţiile dreptului comun (art. 1207-1213 Cod civil), iar nu doar în ipoteza în care ar purta asupra identităţii fizice a viitorului soţ, după cum dolul (art. 1214-125 Cod civil) şi violenţa (art. 1216-1220 Cod civil) vor avea tot câmpul de aplicare din dreptul comun.

Fiind un act cu conţinut patrimonial şi leziunea, ca viciu de consimţământ îşi poate găsi aplicarea, în condiţiile art. 1221-1224 Cod civil, cu atât mai mult cu cât leziunea se aplică şi la încheierea contractelor între majori. În conformitate cu art.1221 alin.1 Cod civil, există leziune atunci când una dintre părţi, profitând de starea de nevoie, de lipsa de experienţă ori de lipsa de cunoştinţe a celeilalte părţi, stipulează în favoarea sa ori a unei alte persoane o prestaţie de o valoare considerabil mai mare, la data încheierii contractului, decât valoarea propriei prestaţii. Este, deci, necesar ca dezechilibrul patrimonial să fie imputabil unuia dintre soţi, care a profitat de starea de nevoie, de lipsa de experienţă sau de cunoştinţă a celui lezat[3] (autoarea arătând că prin mecanismul de instituire a regimului matrimonial al comunităţii universale, unul dintre soţi poate să obţină avantaje considerabile, profitând de starea de nevoie, de lipsa de experienţă ori de lipsa de cunoştinţe a părţii lezate, dacă numai celălalt aduce bunuri proprii în comunitate; pentru opinia în sensul că în raport cu momentul încheierii convenţiei matrimoniale, leziunea nu poate fi exclusă teoretic, dar trebuie să se ţină seama de faptul că aripa modelatoare a convenţiei matrimoniale se întinde asupra întregii vieţi patrimoniale a soţilor, iar pe parcursul căsătoriei pot interveni „n" variabile susceptibile să reechilibreze patrimonial „prestaţiile" soţilor, înlăturând sau cel puţin atenuând disproporţia originară, iar momentul la care se poate stabili, prin compararea prestaţiilor reciproce ale soţilor, dacă a existat sau un dezechilibru flagrant, este acela al lichidării regimului matrimonial[4]).

Întrucât prin căsătorie, minorul dobândeşte capacitate deplină de exerciţiu, conform art. 39 alin.1 Cod civil, el poate încheia singur convenţia de modificare a regimului matrimonial, fără încuviinţarea ocrotitorului său legal şi fără autorizarea instanţei de tutelă, chiar dacă la acest moment nu a împlinit încă vârsta de 18 ani.

După autentificare, notarul public expediază, din oficiu, un exemplar al convenţiei la serviciul public comunitar local de evidenţă a persoanelor unde a avut loc celebrarea căsătoriei, pentru a se face menţiune pe actul de căsătorie, la Registrul naţional notarial al regimurilor matrimoniale, precum şi la celelalte registre de publicitate (registrul comerţului, în cazul în care unul sau ambii soţi au calitatea de profesionist, respectiv la Oficiul de Cadastru şi Publicitate Imobiliară, pentru a se nota în cartea funciară, atunci când convenţia vizează bunuri imobile).

3. *Opozabilitatea convenţiei matrimoniale prin care se modifică regimul matrimonial*.

---

[1] **M. Avram**, *Drept civil. Familia*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2013, p.182; **C. M. Crăciunescu**, *Prezentare generală a regimurilor matrimoniale reglementate de noul Cod civil*, în coordonator M. Uliescu, Noul cod civil. Comentarii, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p.367

[2] **M. Grimaldi**, *Droit patrimonial de la famille*, Édition Dalloz, Paris, 2012p.90-91, pct. 121.62; **Ph.Malaurie, L. Aynès**, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, Paris, 2010, p.81; **A.-S. Brun-Wauthier**, *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés*, Edition Paradigme, Orléans, 2011, p.322

[3] **M. Avram**, *Drept civil...op.cit*., p.183

[4] **C. Nicolescu**, *Regimurile matrimoniale convenţionale în sistemul noului Cod civil român*, Ed. Universul juridic, Bucureşti, 2012, p. 106

Momentul de la care începe să producă efecte modificarea regimului matrimonial, în raporturile dintre soţi, este data prevăzută în convenţie, sau, în lipsă, data încheierii ei. În raport cu terţii, convenţia produce efecte numai de la data îndeplinirii formalităţilor de publicitate prevăzute de art. 334 Cod civil, cu excepţia terţilor care au cunoscut convenţia pe altă cale, cărora aceasta le este opozabilă din momentul cunoaşterii ei.

Chiar dacă au fost îndeplinite formalităţile de publicitate, convenţia matrimonială modificatoare nu poate fi opusă terţilor cu privire la actele încheiate de aceştia cu oricare dintre soţi înainte de încheierea respectivei convenţii.

În ipoteza în care soţii, prin convenţie, optează pentru regimul separaţiei de bunuri, pentru bunurile mobile proprii, indiferent de modul de dobândire, se întocmeşte de notarul public un inventar, care se anexează la convenţia matrimonială, supunându-se aceloraşi formalităţi de publicitate ca şi convenţia matrimonială.

Dacă nu s-a întocmit un inventar al bunurilor mobile, operează prezumţia relativă că soţul care posedă bunul este proprietar exclusiv, prezumţie ce poate fi răsturnată prin proba contrară care revine soţului proprietar al bunului, dar neposesor (a se vedea pe larg, supra, comentariul art. 361 Cod civil).

4. *Mijloace de acţiune la dispoziţia terţilor prejudiciaţi prin încheierea convenţiei de modificare a regimului matrimonial*.

Schimbarea de regim nu presupune prin sine fraudarea intereselor terţilor. Substituirea unui regim comunitar cu un regim al separaţiei de bunuri nu este ea însăşi frauduloasă, chiar dacă ea are ca efect, prin prisma regulilor aplicabile noului regim matrimonial, sustragerea pentru viitor de sub urmărirea creditorilor unuia dintre soţi, a unor bunuri ce făceau parte până în momentul schimbării regimului din comunitate. Aceasta pentru că lichidarea comunităţii şi partajarea bunurilor comune sunt indispensabile pentru compunerea patrimoniilor personale ale soţilor în regimul separaţiei de bunuri.

Creditorii prejudiciaţi prin schimbarea sau lichidarea regimului matrimonial pot formula acţiunea revocatorie în termen de un an de la data la care au fost îndeplinite formalităţile de publicitate sau, după caz, de când au luat cunoştinţă mai înainte de aceste împrejurări pe altă cale (art. 369 alin.3 Cod civil).

Proba fraudei cade în sarcina creditorului şi fiind vorba de un fapt juridic, dovada se poate face prin orice mijloc de probă, inclusiv prin recurgerea la prezumţii simple.

Totodată, creditorii prejudiciaţi pot invoca oricând în apărare, inopozabilitatea modificării sau lichidării regimului matrimonial făcute în frauda intereselor lor, pe cale de excepţie (art. 369 alin.4 Cod civil), ceea ce presupune în mod necesar existenţa unui litigiu *pendinte*.

5. *Soarta donaţiilor făcute viitorilor soţi.*

În principiu, modificarea regimului matrimonial nu antrenează *ipso facto*, revocarea donaţiilor făcute viitorilor soţi. Soluţia este identică şi pentru donaţiile făcute între soţi, în timpul căsătoriei, care nu sunt deci revocabile prin simplul efect al convenţiei matrimoniale modificatoare[5]. (În jurisprudenţa franceză s-a statuat că adoptarea unui nou regim matrimonial nu antrenează *ipso facto* revocarea donaţiei consimţită între soţi prin convenţia matrimonială iniţială, atâta timp cât în convenţia matrimonială ulterioară nu există vreo clauză prin care liberalitatea între vii ar fi revocată[6]).

Problema comportă nuanţări în cazul donaţiilor făcute soţilor de terţi, în considerarea unui regim matrimonial particular. Astfel, s-a pus întrebarea dacă, o astfel de clauză, ce subordonează menţinerea unei liberalităţi unui regim matrimonial determinat este licită? În

[5] **M. Grimaldi**, *Droit patrimonial...op.cit.*, p.117, pct.124.23;
[6] civ. 1-re, 14 mai 1975, citată în *Méga code civil*, Dalloz, Paris, 2005, p. 1751, pct.15

timp ce pentru unii autori, răspunsul este negativ, o astfel de clauză împiedicând soţii, din teama de a pierde beneficiul unei liberalităţi, să schimbe liber regimul matrimonial, alţii au apreciat dimpotrivă că trebuie să prevaleze libertatea terţilor.[7]

6. *Modificarea judiciară a regimului matrimonial.*

Modificarea judiciară are în vedere trecerea pe cale judiciară de la regimul comunităţii de bunuri la regimul separaţiei de bunuri, la cererea unuia dintre soţi, dacă prin actele încheiate, celălalt soţ pune în pericol interesele patrimoniale ale familiei (art. 370 alin.1 Cod civil). Cererea poate fi formulată pe toată durata regimului comunitar.

Contencioasă, având aşadar un caracter forţat, separaţia de bunuri judiciară se distinge de separaţia de bunuri convenţională, realizată prin acordul soţilor.

Separaţia judiciară de bunuri este un mecanism original prin care se pune capăt disfuncţionalităţilor dintr-un regim comunitar, legal sau convenţional.

Separaţia de bunuri pronunţată în justiţie constituie un mod autonom de disoluţie a comunităţii. Nu ne aflăm aşadar în prezenţa unui simplu corectiv judiciar în cadrul regimului comunitar, ci se produce o încetare pură şi simplă a acestuia.

Apreciem că dispoziţiile art. 370 Cod civil sunt de ordine publică, astfel că, prin convenţie matrimonială soţii sau unul dintre ei nu pot să renunţe la posibilitatea de a se adresa instanţei de judecată în vederea pronunţării separaţiei de bunuri.

Această separare de bunuri survine pe de o parte, ca o sancţiune pentru soţul considerat responsabil de punerea în pericol a intereselor familiei, şi pe de altă parte, ca o măsură de protecţie pentru soţul reclamant, oportunitatea separaţiei de bunuri fiind lăsată la aprecierea suverană a instanţei de tutelă.

Cu titlu exemplificativ pot fi catalogate ca acte care pun în pericol interesele patrimoniale ale familiei, transferarea unor sume de bani din conturile comune ale soţilor în contul altei persoane, acte prin care se augmentează pasivul comun, înstrăinarea de bunuri comune în vederea obţinerii de resurse financiare ce urmează a fi cheltuite în scopuri străine intereselor familiale, risipirea fructelor civile produse de bunurile comune, etc.

Pentru a fi îndeplinită cerinţa legii nu este necesar ca pericolul să se fi produs, nici chiar ca acesta să fie iminent, fiind suficient ca acesta să fie posibil într-un viitor apropiat[8]. Soţul reclamant are sarcina probei caracterului real al pericolului.

Din trimiterea pe care art. 370 alin.2 Cod civil o face la art. 357 Cod civil se desprinde concluzia că instituirea judiciară a regimului separaţiei de bunuri este precedată de lichidarea regimului comunităţii de bunuri.

Opozabilitatea faţă de terţi a modificării judiciare a regimului matrimonial se va realiza prin efectuarea menţiunii pe actul de căsătorie (art. 291 Cod civil) şi prin înscrierea acestei menţiuni în Registrul naţional notarial al regimurilor matrimoniale, precum şi în celelalte registre de publicitate (registrul comerţului, în cazul în care unul sau ambii soţi au calitatea de profesionist, respectiv la Oficiul de Cadastru şi Publicitate Imobiliară, pentru a se nota în cartea funciară, în cazul bunurilor imobile).

În raport cu terţii, modificarea judiciară a regimului matrimonial produce efecte numai de la data îndeplinirii formalităţilor de publicitate prevăzute de art. 334 Cod civil, cu excepţia terţilor care au cunoscut modificarea pe altă cale, cărora aceasta le este opozabilă din momentul cunoaşterii ei.

---

[7] **R. Cabrillac**, *Droit des régimes matrimoniaux*, Montchrestien, Paris, 2011, , p. 113; **Fr. Terré, Ph. Simler**, Droit civil. *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, Paris, 2011, p. 194-195

[8] **R. Cabrillac**, *Droit...op.cit.,* p. 86; **A Lamboley, M.-H. Laurense Lamboley**, *Droit des régimes matrimoniaux*, LexisNexis, Paris, 2011, p. 70

Chiar dacă au fost îndeplinite formalităţile de publicitate, separaţia de bunuri instituită prin hotărâre judecătorească nu poate fi opusă terţilor cu privire la actele încheiate de aceştia cu oricare dintre soţi înainte de modificarea judiciară a regimului matrimonial.

Instituirea judiciară a regimului separaţiei de bunuri generează şi obligaţia de întocmire de către notarul public a unui inventar al bunurilor mobile proprii, indiferent de modul lor de dobândire care este supus formalităţilor de publicitate a convenţiilor matrimoniale.

Competenţa de soluţionare a cererii de separaţie judiciară de bunuri aparţine instanţei de tutelă de la locul unde se află bunurile, dacă printre acestea sunt imobile, sau de la domiciliul pârâtului, dacă este vorba numai despre bunuri mobile.

Potrivit art. 38 din Legea nr. 71/2011 privind punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, dispoziţiile privitoare la separaţia judiciară de bunuri sunt aplicabile şi căsătoriilor în fiinţă la data intrării în vigoare a noului Cod civil, dacă actele prin care se pun în pericol interesele patrimoniale ale familiei sunt încheiate de unul dintre soţi după această dată.

7. Efectele separaţiei judiciare de bunuri între soţi.

Separaţia judiciară de bunuri produce un dublu efect: pe de o parte, unul extinctiv, respectiv disoluţia regimului matrimonial anterior (al comunităţii legale sau convenţionale), iar pe de altă parte, un altul pe care l-am putea numi achizitiv, căci soţii sunt plasaţi de drept sub imperiul regimului separaţiei de bunuri, guvernat de dispoziţiile art. 360-365 Cod civil.

Se impune precizarea că regimul separaţiei de bunuri este acelaşi, fără niciun fel de distincţie după cum separaţia a fost aleasă de soţi prin convenţie matrimonială sau impusă prin hotărâre judecătorească.

Între soţi, efectele separaţiei se produc retroactiv, de la data formulării cererii, şi nu de la data rămânerii definitive a hotărârii judecătoreşti. Aşadar, data disoluţiei regimului comunitar (legal sau convenţional) va fi, în principiu, cea a înregistrării cererii de chemare în judecată şi raportat la acest moment urmează a se stabili compoziţia comunităţii, atât sub aspectul activului, cât şi al pasivului.

Cu titlu de excepţie, atunci când separaţia în fapt a soţilor precede momentul încetării regimului comunitar, la cererea oricăruia dintre soţi, instanţa poate dispune ca efectele separaţiei să se producă de la data despărţirii faptice.

Întrucât orice demers în justiţie trebuie să se sprijine pe un interes, reclamantul, pentru a putea obţine devansarea momentului încetării regimului matrimonial comunitar, va trebui să probeze, pe lângă producerea separaţiei faptice şi existenţa acestei condiţii indeniabile de exercitare a acţiunii.

Spre pildă, soţul reclamant va putea să justifice interes în formularea unei astfel de cereri, atunci când, ulterior separaţiei faptice, cu contribuţie exclusivă, a dobândit diverse bunuri, care, în condiţiile încetării „normale” a regimului matrimonial ar fi supuse partajului sau când soţul pârât, după separare, a contractat datorii semnificative. Dacă însă între momentul separaţiei faptice şi cel al sesizării instanţei nu s-au produs modificări esenţiale în consistenţa patrimoniilor, nu vedem raţiunea pentru care unul dintre soţi ar solicita extinderea retroactivităţii până la momentul separaţiei în fapt.

Separaţia de bunuri pronunţată de către instanţă are un caracter definitiv, soţii neavând posibilitatea de a solicita instanţei să îşi retracteze hotărârea, cu consecinţa modificării regimului ce le-a fost impus, aceştia având însă dreptul de a încheia ulterior o convenţie matrimonială prin care să reconfigureze raporturile patrimoniale dintre ei într-un regim comunitar, înlăturând astfel implicit efectele hotărârii prin care s-a dispus separaţia de bunuri.

8. Efectele separaţiei judiciare de bunuri faţă de terţi.

Având un caracter personal, acţiunea în separaţia de bunuri nu poate fi promovată decât de un soţ (art. 370 Cod civil) împotriva celuilalt, atunci când acesta din urmă încheie acte prin care prejudiciază interesele familiei.

În consecinţă, creditorii unuia dintre soţi nu pot solicita separaţia de bunuri, nici în nume propriu şi nici pe calea acţiunii oblice, aceasta întrucât acţiunea în separaţie de bunuri este condiţionată de prejudicierea intereselor patrimoniale ale familiei, aspect asupra căruia creditorii, terţi faţă de cuplul conjugal, nu pot emite aprecieri.

Creditorilor le este recunoscut însă dreptul de a interveni într-un proces având ca obiect separaţia de bunuri, astfel că aceştia devenind părţi pot dejuca eventuale tentative de fraudă a drepturilor lor. Aşadar, creditorii pot, în mod preventiv, prin intermediul unei cereri accesorii să intervină în interesul unuia dintre soţi (art. 61 alin.3 Cod procedură civilă) pentru a preîntâmpina compromiterea drepturilor lor prin hotărârea ce s-ar pronunţa între soţi, protejându-şi astfel creanţa pe care o au împotriva soţului debitor.

În măsura în care nu au uzat de dreptul de a interveni în cauză, creditorii prejudiciaţi pot formula acţiunea revocatorie în termen de un an de la data la care au fost îndeplinite formalităţile de publicitate ale hotărârii sau, după caz, de când au luat cunoştinţă mai înainte de această hotărâre pe altă cale (art. 369 alin.3 Cod civil). Proba fraudei cade în sarcina creditorului şi fiind vorba de un fapt juridic, dovada se poate face prin orice mijloc de probă, inclusiv prin recurgerea la prezumţii simple.

Totodată, creditorii prejudiciaţi pot invoca oricând în apărare, inopozabilitatea modificării regimului matrimonial pe cale judiciară, făcută în frauda intereselor lor, pe cale de excepţie (art. 369 alin.4 Cod civil).

BIBLIOGRAFIE

1. M. Avram, *Drept civil. Familia*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2013

2. A.-S. Brun-Wauthier, *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés*, Edition Paradigme, Orléans, 2011

3. R. Cabrillac, *Droit des régimes matrimoniaux*, Montchrestien, Paris, 2011

4. C. M. Crăciunescu, *Prezentare generală a regimurilor matrimoniale reglementate de noul Cod civil*, în coordonator M. Uliescu, Noul cod civil. Comentarii, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011

5. M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, Édition Dalloz, Paris, 2012

6. A Lamboley, M.-H. Laurense Lamboley, *Droit des régimes matrimoniaux*, LexisNexis, Paris, 2011

7. Ph.Malaurie, L. Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, Paris, 2010

8. *Méga code civil*, Dalloz, Paris, 2005

9. C. Nicolescu, *Regimurile matrimoniale convenţionale în sistemul noului Cod civil român*, Ed. Universul juridic, Bucureşti, 2012

10. Fr. Terré, Ph. Simler, Droit civil. *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, Paris, 2011

COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE PRIOR DECISIONS FOR SOLVING CERTAIN LAW ISSUES AND THE DECISIONS ISSUED WITHIN THE REFERRAL IN THE INTERESTS OF THE LAW, IN THE CONTEXT OF THE NEW LEGISLATIVE REFORMS

Iulia Boghirnea, Assist. Prof., PhD, University of Pitești

Abstract: By the preliminary ruling for solving certain law issues and the decisions issued within the referral in the interests of the law the High of Cassation and Justice has the role to provide a unitary interpretation of the law.
This paper aims to provide a comparative analysis between the two procedural instruments of the High Court of Cassation and Justice, regarding the proceedings, the content and effects of the judicial decision.

Keywords: referral in the interests of the law, preliminary ruling for solving certain points of law, non-unitary judicial practice, High Court of Cassation and Justice, mandatory effect.

The High Court of Cassation and Justice has, according to Art 126 Para 3 of the Romanian Constitution, reviewed and amended, *shall provide a unitary interpretation and implementation of the law by the other courts of law, according to its competence*.

The legislator has created two different procedures/instruments to unify the judicial practice of the High Court of Cassation and Justice: the decisions stated in solving referrals in the interests of the law[1], and, recently and new in our legislation, the preliminary rulings to solve different matters of law, both of French inspiration.

Thus, besides the referral in the interests of the law (Art 514-518 of the Civil Procedure Code[2], namely Art 473-474[1] of the Criminal Procedure Code[3]), a new instrument to insure the unification of the judicial practice, which has been adopted by the Romanian legislator in the new codes of procedure, is the preliminary ruling, which the High Court of Cassation and Justice shall deliver in solving certain points of law, on which it depends the resolution of the merits of the case (Art 519-521 of the Civil Procedure Code and Art 475-477[1] of the Criminal Procedure Code).

Hereinafter we shall analyze only the texts of the new Civil Procedure Code.

The Explanatory Memorandum to the draft of the new Civil Procedure Code states that the purpose of this procedure is "*the creation of a new mechanism for the unification of the judicial practice which shall contribute, besides the referral in the interests of the law, to the transformation of the Romanian jurisprudence into a predictable one, which shall answer*

[1] The referral in the interests of the law is a legal institution with tradition in the Romanian legislation, being stated by the Criminal Procedure Code in 1936, but in a form different than the western classic models, this procedure being considered as a mean to "theoretically correct the solution of a case". After 45 years, the Law No 45/1993 reinserts the referral in the interests of the law in the legislation as an instrument to guide the general jurisprudence; N. Volonciu, *Tratat de procedură penală. Parte specială, Volume II*, Paideia Publ.-house, Bucharest, 1996, pp. 375-376

[2] Law No 134/2010 on the Civil Procedure Code, republished in the Official Gazette of Romania, Part I, No 545/3 August 2012, with subsequent modifications and amendments

[3] Law No 135/2010 on the Criminal Procedure Code, republished in the Official Gazette of Romania, Part I, No 486/15 July 2012, with subsequent modifications and amendments

to the reasonable expectations of the justice seekers, and also shall lead to the shortening of the trial, preventing the completion of all means of appeal"[4].

Up next we shall make a comparative analysis of the subjects that can inform the High Court of Cassation and Justice and the conditions for admissibility (1), the trial procedure (2), the effects of the decisions and their termination (3).

1. The holders of the notification and the conditions of admissibility for the initiation of the proceedings in front of the High Court of Cassation and Justice

Regarding the proceedings of the referral in the interests of the law, Art 514 of the Civil Procedure Code offers the capacity to pursue the proceedings only to the general prosecutor of the Prosecutor's Office attached to the High Court of Cassation and Justice, ex officio or at the request of the Minister of Justice, of the Directing College of the High Court of Cassation and Justice, of the directing colleges of the Courts of Appeal, as well as of the Ombudsman[5], who have *the obligation* to ask the High Court of Cassation and Justice to rule in matters of law differently solved by the courts.

In view of the fact that the legislator did not expressly stated the term for submission of the referral for the interests of the law, we conclude that it can be submitted anytime without considering the oldness of the controversy matter of law or of the contradictory judicial decisions[6].

The *conditions for admissibility* of the referral in the interests of the law stated by Art 515 of the Civil Procedure Code, must be cumulatively fulfilled and only when it exists evidence: of a matter of law (1), the fact that it has been solved differently by the courts, namely the decisions are contradictory[7] (2); the decisions must be final (3); the decisions must be annexed to the act of apprehension of the High Court of Cassation and Justice (4).

Comparatively, Art 519 of the Civil Procedure Code states that the notification of the High Court of Cassation and Justice for ordering a preliminary ruling, "by which it will state a solution of principle" for certain matters of law, can be performed only by the panel of judges from tribunals, courts of appeal or from the High Court of Cassation and Justice, invested with the competence to solve the case as a last resort, if it is ascertained that there is a matter of law, on whose clarification depends the solution of that case, that it is new and over it the High Court of Cassation and Justice did not ruled before, nor that it is the object of a pending referral in the interests of the law.

The *conditions for admissibility* of the preliminary ruling, stated by Art 519 of the Civil Procedure Code must be cumulatively fulfilled, namely: the existence of a pending case (1); the panel of judges who notify the High Court of Cassation and Justice has the

---

[4] Explanatory Memorandum to the draft of the Civil Procedure Code, http://www.just.ro/Sections/PrimaPagina_MeniuDreapta/ProiectulNouluiCoddeProcedur%C4%83Civil%C4%83/tabid/648/Default.aspx

[5] According to professor Nicolae Popa the legislative solution on which the Ombudsman must notify the High Court of Cassation and Justice with a request to rule over a referral in the interests of the law is "meaningless, burdensome and excessive", N. Popa, *Câteva consideraţii privind recentele iniţiative legislative pentru accelerarea judecăţilor*, in Curierul Judiciar Magazine No 12/2010, p. 665

[6] M. Nicolae, *Recursul în interesul legii şi dezlegarea, în prealabil, a unei chestiuni de drept noi de către Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie în lumina noului cod de procedură civilă*, in Dreptul Magazine No 2/2014, p. 40

[7] In the Decision No 1/2011 of the High Court of Cassation and Justice, the panel of judges competent in ruling over the referral in the interests of the law, published in the Official Gazette of Romania, No 751/26 October 2011, states that the "*Referral in the interests of the law shall be admissible only when the legal provisions are unclear, confuse, doubtful, incomplete and have a different interpretation given by the courts, thus until the legislator's intervention, the supreme court must correctly solve the matters of law*".

competence to solve the case as last resort (2); the pending case must be within the legal competence of the tribunal, Court of Appeal or of the High Court of Cassation and Justice (3); the notification must concern only a matter of law, which requires a solution of principle by clarifying the meaning of a judicial norm, which may be susceptible of various interpretations[8] (4); the matter of law is new, has generated contradictory debates and over it the High Court of Cassation and Justice did not stated yet, nor it is the object of a pending referral in the interests of the law[9] (5); the awarding of a solution on the main issue of the matter on trial, as a last resort, to depend on the matter of law whose clarification is being requested (6).

The panel of judges shall decide to notify the High Court of Cassation and Justice after contradictory debates, by a *court decision*, which must state (Art 520 Para 1 of the Civil Procedure Code) the following:

- The reasons supporting the admissibility of the notification;
- The panel of judges' point of view;
- The parties of the case point of view.

Thus, for the preliminary ruling the High Court of Cassation and Justice can be notified only by the panel of judges who has the competence to solve the case, as a last resort, its solution to depend on the matter of law whose clarification is requested, because it is new, namely the High Court of Cassation and Justice did not ruled upon it, nor it makes the object of a pending referral in the interests of the law and is susceptible, due to divergent opinions regarding its interpretation, to create a future non-unitary judicial practice. For the referral in the interests of the law an essential condition is the existence of a non-unitary judicial practice in this area, namely *different solutions given by the courts regarding a certain matter of law by definitive decisions*, which are attached to the *notification*.

The common side of the two proceedings is the existence of a controversy matter/point of law[10], "generating non-unitary practice"[11], over which the High Court of Cassation and Justice is the only court competent, based on its constitutional role to insure the unitary application of the law by the courts, and shall clarify it by a decision of principle.

2. Trial proceedings

2.1. According to the new Civil Procedure Code (Art 513 Para 1-4 of the Civil Procedure Code), *the panel* of the High Court of Cassation and Justice competent to trial the referral in the interests of the law shall be formed of: the president or, in his absence, by one of the vice-presidents of the High Court of Cassation and

[8] The notification of the Supreme Court of Justice shall not be admisibile if it concerns a matter of fact from a certain case, see in this regard G. Boroi et al., *Noul cod de procedură civilă, Comentariu pe articole, vol. I. Art. 1-526*, Hamangiu Publ.-house, Bucharest, 2013, p. 1008. In the same meaning, see also the Guide for submitting a prior act of apprehension available at http://www.scj.ro/s_complet%20chestiuni.asp

[9] If the High Court of Cassation and Justice "ruled a large number of decisions as to shape a constant jurisprudence", the literature considers that the matter of law can no longer be considered new, nor that over it the High Court of Cassation and Justice did not stated; see in this regard G. Boroi et al., *Noul cod de procedură civilă, Comentariu pe articole, vol. I. Art. 1-526*, *op. cit.*, p. 1010

[10] In terms of terminology, the doctrine appreciates that between the two phrases used by the legislator, namely "matter of law" and "law issue" there are no substantive issues regarding their meanings. See in this regard, the lecture held by M. Nicolae titled „*Dispoziţii privind asigurarea unei practici unitare. Recursul în interesul legii. Sesizarea Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie în vederea pronunţării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept"* during the event *Conferinţele. Noul cod de procedură civilă*, Bucharest, June-September 2012, http://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2013/02/Brosura-NCPC-INM.pdf

[11] M. Nicolae, *Recursul în interesul legii şi dezlegarea, în prealabil, a unei chestiuni de drept noi de către Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie în lumina noului cod de procedură civilă*, in *Dreptul* Magazine, No 2/2014, p. 37

Justice (who shall be the panel's president), *the presidents of its four sections*, as well as of *20 judges*, among who 14 judges from the section/sections which had competence over the matter of law differently solved by the courts and of 2 judges from the other sections.

The legislator distinguishes on how the matter of law is of interest for two or more sections or on how is not in the competence of any section as follows:

- Art 516 Para 2 of the Civil Procedure Code states that if the matter of law is of interest for 2 or more sections, the president, or, where appropriate, one of the vice-presidents of the High Court of Cassation and Justice shall establish the number of judges from the interested sections who shall be part of the panel of judges, the other sections being represented by 2 judges;
- Art 516 Para 3 of the Civil Procedure Code states that when the matter of law is not in the competence of any section of the High Court of Cassation and Justice[12], the president or one of the vice-presidents of the High Court of Cassation and Justice shall appoint 5 judges from each section. *In this case, for the preparation of the report, the president of the panel shall appoint one judge from each section*.

According to Art 516 Para 4 of the Civil Procedure Code, in all cases, the appointment of judges shall be random from the members of the interested sections and of the other sections which are not directly connected to the controversy matter of law.

To prepare *the report* on the referral in the interests of the law, the president of the panel shall appoint 3 judges of the panel's members (Art 516 Para 5 of the Civil Procedure Code).

2.2. Regarding the panel of judges of the High Court of Cassation and Justice for stating a preliminary ruling solving a matter of law, it shall be established depending on *the matter of law which is the object of the notification*, according to Art 520 Para 6-9 of the Civil Procedure Code.

Thus, the notification shall be judged by a panel formed of the president of the appropriate section of the High Court of Cassation and Justice or by a judge appointed by him, and of 12 judges from that section. The section's president, or, in case of impossibility, the judge appointed by him, is the panel's president and shall take all the necessary measures to randomly appoint the judges (Art 520 Para 6 of the Civil Procedure Code). When the panel is complete, its president shall appoint one judge to prepare the report on the judged matter of law.

When the matter of law refers to the activity of several sections of the High Court of Cassation and Justice or if there is no section correspondent to that which ascertained that the matter of law was not unitary solved by the judicial practice, the president or, in his absence, one of the vice-presidents of the High Court of Cassation and Justice shall submit the notification to the presidents of the sections interested in solving the matter of law.

In this case, the panel of judges shall be formed by the president, or in his absence, by the vice-president of the High Court of Cassation and Justice, who shall preside the panel, of the presidents of the sections with interest in solving the matter of law, as well as by 5 judges of that sections randomly appointed by the panel's president. When the panel is complete, its president shall appoint, for the preparation of the report, one judge from each section.

In all cases, the rapporteur judges are not/do not become incompatible.

[12] We are talking about litigations of private or public international law, of inter-temporal law, of electoral law etc. and which, in the absence of a legal provision are not covered by the competence of any section, see also M. Nicolae, *Recursul în interesul legii şi dezlegarea, în prealabil, a unei chestiuni de drept noi de către Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie în lumina noului cod de procedură civilă*, *op.cit.*, p. 42.

Also, in both proceedings, both the report on the referral in the interests of the law, as well as that regarding the solution of the matter of law by a preliminary ruling[13] are similarly drafted, the procedure for its preparation being common according to Art 516 Para 6-9 of the Civil Procedure Code.

For the preparation of the report, the panel's president shall be able to request to certain known experts their written opinion on the matters of law which can generate different interpretations in courts (Art 516 Para 6 of the Civil Procedure Code).

The report shall state the arguments on which is based on, the relevant jurisprudence of the Constitutional Court, of the European Court of Human Rights or of the Court of Justice of the European Union and if necessary, the doctrine in this area, as well as the opinion of the consulted experts.

Also, the rapporteur judges shall elaborate and motivate the project of the solution proposed for solving the matter of law (Art 516 Para 7 of the Civil Procedure Code).

Also in both cases, the referral in the interests of the law[14] and the preliminary proceedings shall be debated only in the presence of all members of the panel, within maximum 3 months from the notification of the High Court of Cassation and Justice, and the decision for admission or rejection shall be adopted by a qualified majority of two thirds of the panel's members, it shall be motivated within 30 days from its adoption and shall be published within maximum 15 days from motivation in the Official Gazette of Romania, Part I.

3. The effects of the decision and their termination

The solution given to the matters of law is mandatory for all the courts (including for the High Court of Cassation and Justice) from the publication of the decision in the Official Gazette of Romania, Part I (Art 517 Para 2 and 4, Art 521 Para 3 of the Civil Procedure Code), except the court which requested the solution by a preliminary ruling, for which the decision shall be mandatory from its ruling[15].

An important feature of the referral in the interests of the law is that the solutions are ruled only for the interests of the law, have no effect on the examined court decisions or on the situation of the parties from those litigations.

For all cases, the decisions stated by the High Court of Cassation and Justice are decisions of principle, interpretative, having value as judicial precedents of interpretation.

Art 518 of the Civil Procedure Code is common for the both proceedings, so that the two decisions, for the interests of the law, as well as the decision solving a matter of law end their applicability with the modification, repeal or when the legal provision subjected to interpretation is declared unconstitutional, the legal rules being common.

4. Conclusion

[13] The report shall be communicated to the parties, who within maximum 15 days from the communication, may submit in written, by their lawyer or legal counsel, their points of view regarding the matter of law subjected to trial (Art 520 Para 10 of the Civil Procedure Code).

[14] The referral in the interests of the law is supported in front of the panel, as the case may be, by the general prosecutor from the Prosecutor's Office attached to the High Court of Cassation and Justice or by the prosecutor appointed by him, by the judge appointed by the Directing College of the High Court of Cassation and Justice, namely of the Court of Appeal, by the Ombudsman or one of his representatives.

[15] I. Deleanu, *Noul cod de procedură civilă, vol. I, Comentarii pe articole*, Universul Juridic Publ.-house, Bucureşti, 2013, p. 709; The author states that the legislator's wording is "uninspired" because the panel of judges who notified the High Court of Cassation and Justice is not present during the ruling of the decision, becoming effectively aware of the decision's content with its communication.

The High Court of Cassation and Justice, using the two procedural mechanisms, namely by solving the referrals in the interests of the law and the requests to give a preliminary ruling performs its role stated by the Romanian Constitution, to provide a unitary interpretation and implementation of the law by the other courts of law, i.e. to insure a unitary judicial practice.

This paper has been financially supported within the project entitled ***"Horizon 2020 - Doctoral and Postdoctoral Studies: Promoting the National Interest through Excellence, Competitiveness and Responsibility in the Field of Romanian Fundamental and Applied Scientific Research",*** contract number POSDRU/159/1.5/S/140106. This project is co-financed by European Social Fund through its Sectorial Operational Program for Human Resources Development 2007-2013, **Investing in people!**

REFERENCES

Books, treaties and specialized articles

- G. Boroi et al., *Noul cod de procedură civilă, Comentariu pe articole, vol. I. Art. 1-526*, Hamangiu Publ.-house, Bucharest, 2013
- I. Deleanu, *Noul cod de procedură civilă, vol. I, Comentarii pe articole,* Universul Juridic Publ.-house, Bucharest, 2013
- N. Popa, *Câteva consideraţii privind recentele iniţiative legislative pentru accelerarea judecăţilor,* în "*Curierul Judiciar*" Magazine, No 12/2010
- M. Nicolae, *Recursul în interesul legii şi dezlegarea, în prealabil, a unei chestiuni de drept noi de către Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie în lumina noului cod de procedură civilă*, în "*Dreptul*" Magazine, No 2/2014
- M. Nicolae, lecture titled *Dispoziţii privind asigurarea unei practici unitare. Recursul în interesul legii. Sesizarea Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie în vederea pronunţării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept*, during the event *Conferinţele. Noul cod de procedură civilă*, Bucharest, June-September 2012, http://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2013/02/Brosura-NCPC-INM.pdf
- N. Volonciu, *Tratat de procedură penală. Parte specială, vol. II,* Paideia Publ.-house, Bucharest, 1996

Legislation

- Law No 134/2010 on the Civil Procedure Code, republished in the Official Gazette of Romania, Part I, No 545/3 August 2012, with subsequent modifications and amendments
- Law No 135/2010 on the Criminal Procedure Code, republished in the Official Gazette of Romania, Part I, No 486/15 July 2012, with subsequent modifications and amendments

Websites

- Explanatory Memorandum to the draft of the Civil Procedure Code, http://www.just.ro/Sections/PrimaPagina_MeniuDreapta/ProiectulnouluiCoddeProcedur%C4%83Civil%C4%83/tabid/648/Default.aspx
- Guide for submitting a prior act of apprehension http://www.scj.ro/s_complet%20chestiuni.asp;

STUDIES ON MEDIATION AT COMMUNITARIAN AND NATIONAL LEVEL

Oana Gălăţeanu, Assist. Prof., PhD, "Dunărea de Jos" University of Galaţi

Abstract: The mediation, as a procedure for solving conflicts born in the multitude of social relations, appeared in the 20th century in the United States of America. In Europe it appeared especially after the 1990s, generated by the problem of the courts being confronted more and more with numerous and complex litigations. In Romania, this procedure occurred after the year 2000, being promulgated in 2006 a law regarding the mediation activity and the organization of the mediator profession, law that had been improved in the meanwhile.
In this study there are presented the studies at the European Union level regarding the mediation, as well as a series of positive and negative aspects related to the mediation which the legal system from our country is confronted with.

Keywords: mediation, procedure, amiable, rightful solution.

I. Medierea e o procedură adiacentă sistemului juridic modern de soluţionare a conflictelor apărute în diverse raporturi sociale(private sau publice) oarecum nouă, apărută în a doua jumătate a secolului XX în S.U.A.[1]

Ca manifestare, medierea a existat însă din timpuri vechi, înainte de apariţia unui sistem judiciar organizat. Incă din cele mai vechi timpuri au existat conflicte în cadrul raporturilor dintre oameni (la nivel familial, social, etc) sub diferite forme , iar drept urmare, conducătorii de triburi sau bătrânii comunităţilor respective erau priviţi ca fiind posesorii dreptului de a aplana aceste conflicte. Astfel, fiecare dintre părţile implicate îşi expunea punctul de vedere asupra conflictului creat , iar cei menţionaţi , în urma cercetării faptelor şi urmărilor lor, dădeau o soluţie echitabilă.

O dată însă cu evoluţia societăţii umane şi apariţia statului, înmulţirea conflictelor a impus constituirea unui sistem judiciar de soluţionare a lor, dreptul apărând ca o structură perfectabilă în timp.

Apariţia sistemului de drept a generat interesul oamenilor în obţinerea dreptăţii prin impunerea judecătorului, rezolvarea conflictelor pe cale amiabilă coborând pe un loc secund, iar treptat chiar fiind aproape abandonată.

In decursul timpului însă, dezvoltarea societăţii şi a tehnicii, au determinat o mare amploare a sistemelor judiciare cu numeroase şi noi conflicte, aflate în permanentă creştere. Astfel s-au conturat probleme ale sistemului clasic de drept, instanţele de judecată devenind incapabile în acţiunea de a rezista numărului tot mai mare de litigii. Actul de justiţie a început , din păcate, să fie pus la îndoială sub aspectul calităţii lui, perioada judiciară de soluţionare a cazurilor a devenit din ce în ce mai lungă, iar judecătorii suprasolicitaţi. Toate aceste realităţi conturau nevoia găsirii de soluţii rapide şi alternative de rezolvare a conflictelor. Acesta e motivul pentru care în secolul XX judecătorii şi avocaţii din SUA au devenit tot mai interesaţi de mediere şi de crearea unui cadru legal -normativ şi procesual- pentru aceasta , în speranţa soluţionării litigiilor printr-o modalitate productivă.

Astfel, prin anii 1970 apar primele procese de mediere, care au fost pregătite de avocaţi.[2], iar ulterior procedura de mediere a fost consolidată în toate statele din SUA,

[1] Anches Diana Ionela, *Medierea în viaţa social-politică*, Ed. Universitara, Bucureşti 2010,p.102
[2] Anches Diana Ionela, op. cit. , pp.303-304

înregistrând efecte pozitive, marea majoritate a litigiilor găsindu-şi rezolvarea prin soluţii acceptate de părţile din respectivele conflicte.

În Europa procedura medierii s-a făcut simţită în special după anii 1990, tot ca o soluţie la problema instanţelor confruntate cu litigii tot mai numeroase şi complexe, având exemplul SUA în ceea ce priveşte buna soluţionare a conflictelor dintre indivizi, cât şi constatarea că această procedură sprijinea şi orientarea oamenilor către dialog şi îndreptarea relaţiilor sociale. Astfel, indirect, se conturau din nou buna credinţă şi buna voinţă între indivizi, dialogul dintre părţi şi mediator încurajând analizarea conflictului şi înţelegerea lui, iar în final găsirea acelei soluţii convenabile tuturor părţilor acestuia. Practic, s-a constatat rolul extrem de important , vital am putea spune, pe care îl are comunicarea în toate domeniile vieţii oamenilor.

In aceste condiţii procedura medierii a devenit importantă în state europene precum Franţa, Marea Britanie, Belgia, Germania, Olanda, Spania etc, fiind susţinută de avocaţi, judecători, procurori , jurişti.

In România medierea a apărut mai târziu, cam după anul 2000, ca de altfel şi în celelalte state fost comuniste. Dealtfel una dintre condiţiile de aderare a ţării noastre la U.E a reprezentat-o legiferarea medierii ca procedură capabilă să rezolve multe dintre litigiile de pe rolul instanţelor, în scopul evitării aglomerării prea mari a acestora şi creşterii calităţii actului de justiţie. In aceste împrejurări , în anul 2006 a fost promulgată Legea nr. 192 privind medierea şi organizarea profesiei de mediator, lege căreia de-a lungul timpului i s-au adus şi i se aduc îmbunătăţiri.

II. Politicile europene privind medierea

La nuivelul U.E s-au constatat efectele pozitive ale medierii pentru viaţa socială cât şi pentru fiecare individ în particular, dovedite în principal prin creşterea calităţii actului de justiţie urmare a diminuării numărului de dosare pentru fiecare judecător (naţional), cât şi prin îmbunătăţirea comunicării între persoanele ajunse la conflict şi economisirea de timp şi bani pentru aceştia. Din acest motiv în U.E a fost încurajată aplicarea acestei proceduri în soluţionarea conflictelor familiale, a celor private dintre persoanele fizice, în conflictele de gravitate redusă din materie penală. In acest sens au fost create de liderii politicilor europene reglementări de natură consultativă şi de ghidare sub forma Recomandărilor în materie de mediere, în materie civilă , comercială, a relaţiilor de familie, administrativă şi penală.

Rolul acestor Recomandări era cel de a orienta statele în legiferarea procedurii de mediere. Aceste Recomandări la care ne referim sunt :

a). Recomandarea nr. 1din 1998 privind medierea familială- referitoare la acele conflicte ce apar intrafamilial şi cu privire la : divorţ sau separarea în fapt a părinţilor ce au locuit împreună fără a fi căsătoriţi, custodia comună a copiilor , partajul bunurilor comune ce au fost dobândite pe perioada căsătoriei şi alte conflicte conturate între soţi.

In preambului acestei Recomandări se prevede că medierea conflictelor născute din raporturile familiale are drept ţinte :

- îmbunătăţirea comunicării dintre membrii familiei ;
- diminuarea gradului de conflict dintre părţile în litigiu ;
- ducerea spre o soluţionare amiabilă a conflictului ;
- garantarea continuării legăturilor dintre părinţi şi copii ;
- contribuţia la diminuarea costurilor economice şi sociale generate de divorţ ori separare, pentru părţi, dar şi pentru state ;
- scăderea perioadei de timp necesară pentru soluţionarea conflictului .

Această Recomandare a Consiliului de Miniştri aprecia procedura medierii drept un factor favorizant al reînchegării raporturilor de familie .

State precum Marea Britanie şi Franţa au reglementat peocedura ca o fază prealabilă obligatorie înaintea sesizării instanţei de judecată , convinse de beneficiile ei în raporturile familiale .[3]

În România, în prezent medierea familială se află la faza de integrare încă, procedura neavând caracter prealabil obligatoriu.

b.) Recomandarea nr. 19 din 1999 privind medierea în materie penală.

În materie penală medierea are legătură cu politicile restaurative care vizează în principal integrarea socială a făptuitorului , reabilitarea lui socială, punerea accentului pe latura nonsancţionatoare a faptelor cu grad redus de pericol social şi soluţionarea pe cale amiabilă a conflictului apărut , prin acoperirea pagubelor infracţiunii.

În marea majoritate a statelor europene medierea penală este admisă şi utilizată în cazul infracţiunilor cu un grad de periculozitate socială scăzut şi, în general, în situaţiile în care răspunderea penală a făptuitorului e înlăturată prin împăcarea lui cu persoana vătămată ori prin retragerea plângerii prealabile de către aceasta.

În România medierea penală a fost legată de ocuparea de către victimă a primplanului rezolvării conflictului penal, de dreptul ei la scuze şi acoperirea pagubelor într-un timp şi mod echitabile şi de principiile de reintegrare socială a autorului faptei. S-a concluzionat că detenţia individului nu rezolvă şi problemele din perioada postdetenţie legate de integrarea lui în societate ci, din contra, accentuează comportamentul penal al făptuitorului, fapt ce duce la concluzia că sistemul sancţionator generează daune societăţii. Totodată, au fost avute în considerare şi raţiunile de ordin financiar legate de cheltuielile necesar a fi făcute cu intreţinerea zilnică a condamnaţilor aflaţi în detenţie. De altfel, pentru aceste considerente a fost introdus şi arestul la domiciliu în actuala legislaţie penală.

În materie penală, aşa cum se desprinde şi din Recomandarea europeană, este necesar ca mediatorii să primească o formare potrivită anterior numirii în funcţie şi ulterior una continuă pe perioada desfăşurării activităţii. În practică însă, apar probleme în ce priveşte aptitudinea de a media un conflict de natură penală

c.) Recomandarea nr. 9 din 2001 privitoare la căile alternative de soluţionare a litigiilor dintre autorităţile administrative şi persoanele private .

Această Recomandareare în vedere o apropiere a autorităţilor administrative de cetăţeni şi rezolvarea mai rapidă a conflictelor administrative, degrevarea instanţelor judecătoreşti de o serie de cauze ce ar putea fi soluţionate amiabil, diminuarea costurilor şi scurtarea timpului de soluţionare şi apelarea la principiul echităţii.

Potrivit Recomandării, reglementarea căilor alternative trebuie să :

- garanteze părţilor informarea necesară referitoare la posibilitatea recurgerii la căi alternative
- garantarea independenţei şi imparţialităţii mediatorilor
- asigurarea , cât de mult posibil, a transparenţei în utilizarea căilor alternative şi un grad de discreţie necesar
- garantarea executării soluţiilor date prin căile alternative folosite.

Medierea se poate fi întreprinsă de părţile implicate, de un judecător ori poate fi stabilită ca obligatorie prin lege; mediatorii trebuie să aibă întâlniri separate cu fiecare parte implicată pentru a găsi soluţia în cauză şi pot îndemna autoritatea administrativă să anuleze, retragă ori modifice actul administrativ, din motive de legalitate ori de oportunitate.

d.) Recomandarea nr. 10 din 2002 privind medierea în materie civilă

[3] Corina Costea, Experiment în dreptul civil francez- medierea familială obligatorie, www.medierenet.ro/2013/08/23

în materie civilă există o diversitate de conflicte, iar madierea civilă poate avea ca obiect orice conflict din orice ramură de activitate ca de exemplu conflicte comerciale, conflicte de proprietate, de creanţă, legate de posesie, conflicte de muncă, etc. Evident că şi scopul ei constă în diminuarea numărului de litigii deduse instanţelor şi prin aceasta, îmbunătăţirea actului de justiţie.

e.) Directiva Europeană 52 din 2008 privind medierea în materie civilă şi comercială

Toate reglementările enumerate, la un loc cu analizele, discuţiile şi proiectele pilot realizate în statele U.E, au dus la concluzia necesităţii unei directive în această materie a medierii conflictelor ca o nevoie urgentă a sistemului judiciar drept alternativă bună pentru părţile în conflict. Directiva dorea a aduce ca noutate o uniformizare a sistemului de promovare şi implementare a producerii medierii în întreg cuprinsul U.E. Astfel, Directiva impunea statelor U.E să promoveze medierea prin : programe naţionale, informarea publică şi practicienii în drept care deja lucrau în cauzele ce includeau conflictele dintre cetăţeni.

Prin această Directivă se dorea sporirea numărului de conflicte mediate, soluţionarea amiabilă a cât mai multor conflicte şi degrevarea instanţelor judecătoreşti. Statele aveau posibilitatea de a impune un mod anume de a recurge la mediere fie înainte, fie după desfăşurarea procedurii judiciare, ca o obligaţie, fapt ce se deduce şi din preambulul Directivei unde se prevede că " obiectivul de a asigura un acces mai bun la justiţie, ca parte a politicii U.E de instituire a unui spaţiu de libertate, securitate şi justiţie, ar trebui să includă accesul la metode de soluţionare a litigiilor atât pe cale judiciară, cât şi extrajudiciară. Prezenta directivă ar trebui să contribuie la buna funcţionare a pieţei interne , în special în ceea ce priveşte disponibilitatea serviciilor de mediere "(art.5).

Pentru analizarea şi şi revizuirea efectelor acestei Directive s-a statuat ca nu mai târziu de 21 mai 2016 , Comisia să prezinte Parlamentului European, Consiliului şi Comitetului Economic şi Social European un raport cu privire la aplicarea Directivei . Acest raport va analiza modul de evoluţie a medierii în U.E. şi impactul Directivei în statele membre şi, dacă se va aprecia necesar, va fi însoţit de propuneri de adaptare a actului .

În unele ţări europene s-a legiferat obligativitatea recurgerii mai întâi a procedurii de mediere , mai înainte de sesizarea instanţelor judecătoreşti competente în soluţionarea conflictelor existente, putând da în acest sens exemplul Italiei unde există o asemenea lege cu valabilitate până în 2017 şi unde se înregistrează efecte pozitive ale acestei obligativităţi, având în vedere că au fost înregistrate statistic până acum peste 200000 de conflicte soluţionate prin procedura de mediere[4].

Şi în România a fost adoptată legea privind medierea, nr. 192/2006, ce a fost îmbunătăţită în decursul timpului. Acest fapt a dus la creşterea numărului de mediatori , iar prin legea nr. 115/2012 s-a introdus sancţionarea celor care, aflaţi într-un conflict, nu respectă obligativitatea procedurii de mediere cu inadmisibilitatea chemării în judecată , lege care a intrat în vigoare din 1 august 2013.

În ciuda prevederilor legale existente, totuşi, în ţara noastră medierea este puţin folosită de populaţie încă, însă rămâne de văzut urmarea prevederilor legale pe un termen mai lung de timp de acum încolo. Totuşi, se înregistrează o creştere a cauzelor soluţionate prin procedura medierii, dacă avem în vedere Raportul Consiliului Superior al Magistraturii privind starea justiţiei[5].

[4] Dorin Ilie, Politicile europene în domeniul medierii, ca soluţie alternativă la instanţele de judecată, www.juridice.ro, accesat în 15.04.2014

[5] **În Curieruljudiciar.ro/2012/04/03**

Dealtfel, deşi cele mai multe state au un sistem de punere la dispoziţie a serviciilor de mediere , procedura nu este totalmente cunoscută de cetăţeni şi foarte puţini recurg la ea pentru a-şi soluţiona conflictele în care sunt părţi.

În Comisia pentru Afaceri Juridice a Parlamentului European a fost prezentat, la 1 ianuarie 2014, un studiu de impact al Directivei nr. 52/2008 privind medierea, ocazie cu care s-au făcut propuneri pentru luarea de măsuri de sporire a numărului de cauze mediate la nivelul U.E, optându-se pentru o intervenţie legislativă care să includă un model de mediere obligatoriu , măcar pentru anumite cauze şi pentru informarea publică prin intermediul unor programe regionale sau naţionale .

S-a stabilit ca dată următoare pentru analizarea efectelor Directivei la care ne referim, anul 2016 pentru care, se doreşte şi găsirea unei soluţii de uniformizare a unor proceduri la nivel de Uniune, referitoare atât la modalitatea de evaluare şi autorizare a mediatorilor , cât şi la soluţionarea unor tipuri specifice de conflicte ce se pot soluţiona prin mediere, precum cele legate de familie, aspectele comerciale ori unele din cele de natură civilă.

Apreciem că este binevenită stabilirea atentă a unor reguli cel puţin cu privire la calitatea de mediator şi cine o poate deţine. În România , de exemplu, în practică s-au înregistrat dificultăţi în această activitate de mediere şi una dintre cauze credem că a fost şi e reprezentată de persoanele ce pot oferi servicii de mediere. Iniţial aveau autorizarea de a desfăşura această activitate doar avocaţii şi juriştii, adică cei cu o pregătire juridică adecvată. Cadrul legislativ actual dă posibilitatea de practicare a profesiei de mediator oricăror persoane care îndeplinesc anumite condiţii cerute de lege , indiferent de studiile superioare absolvite. Considerăm că aceasta nu reprezintă un avantaj întotdeauna ci, poate, ar fi necesară o regândire a condiţiilor cerute pentru a dobândi calitatea de mediator. Aceasta pentru că nu toţi cei care deţin autorizarea necesară cunosc şi situaţiile ce ţin de practica judiciară . Dacă se doreşte a se da posibilitatea oricui să desfăşoare o asemenea activitate, poate că ar trebui gândit mai bine domeniul în care cei autorizaţi să poată efectua mediere. De exemplu, în cazul în care cel care a dobândit calitatea de mediator are ca profesie de bază cea de medic, ar fi util, credem, să i se permită să soluţioneze pe calea medierii acele conflicte care apar în legătură cu aspecte ce ţin de domeniul dreptului medical sau , un inginer, ar trebui să poată desfăşura o procedură de mediere doar pe conflicte ce ţin de domeniul pregătirii sale profesionale ori apropiate acesteia. Credem că aceste amănunte ar fi necesare a fi avute în vedere întrucât cei autorizaţi în mediere ar putea folosi cunoştinţele cumulate în cursul carierei lor şi ar avea şanse mai mari de reuşită în procedura pe care ar desfăşura-o , fapt care ar fi, evident , şi în favoarea părţilor din conflict care, ar beneficia de cunoştinţele şi pregătirea unei persoane cu experienţă în natura şi soluţionarea raportului conflictual în care se află. Pe de altă parte, avantajul ar fi şi pentru persoana mediatorului care, s-ar confrunta cu situaţii pentru care are capacitatea certă de a găsi soluţii , fapt incert însă dacă ar trebui să medieze conflicte din alte domenii ale relaţiilor sociale mai puţin cunoscute lui, ca de exemplu din sfera relaţiilor familiale sau comerciale ori penale, pentru care nu are nici pregătirea teoretică de bază (în exemplele date mai sus cel puţin). Acesta credem că este în prezent şi unul dintre motivele pentru care se recurge puţin la mediere, tocmai datorită şi reticenţei , poate, pe care o au părţile aflate în conflict faţă de pregătirea şi priceperea persoanelor ce au primit autorizarea de a media (pe lângă experienţa mediatorilor , procedura ar putea fi accesată mai mult de cetăţeni dacă ar exista informarea permanentă şi reală a acestora şi existenţa unor taxe convenabile pentru cei interesaţi).

De altfel, Directiva 52/2008 şi Recomandările anterioare privind medierea la nivelul U.E prevăd necesitatea ca mediatorii să aibă calificări în domeniul rezolvării pe cale amiabilă a conflictelor. Credem că această necesitate nu trebuie limitată numai la absolvirea unor

cursuri speciale de pregătire iniţială a celor care doresc să devină mediatori, cursuri care, de altfel, în ţara noastră se fac, ci ar trebui interpretată şi ca fiind de absolută necesitate existenţa pregătirii reale şi experienţelor mediatorilor în domeniul în care apar conflictele.

III. Concluzii

Problema privind existenţa şi îmbunătăţirea activităţii de mediere ţine de politica fiecărui stat al U.E. Această procedură îşi face utilă şi benefică prezenţa prin dovedirea capacităţii de degrevare a instanţelor judecătoreşti de un număr cât mai mare de cauze ce se pot relativ uşor soluţiona pe cale amiabilă şi, astfel, prin contribuţia la îmbunătăţirea actului de justiţie. Atât timp cât se poate face dovada acestor efecte ale sale, medierea este o procedură bine venită şi care trebuie încurajată şi susţinută la nivelul fiecărei fiecărui stat European, fiind un sprijin rpentru cetăţeni şi pentru îmbunătăţirea dialogului şi comunicării dintre aceştia .

În literatura de specialitate şi la nivel politic în ţara noastră se apreciază că un mod de încurajare a cetăţenilor de a recurge la această procedură ar fi oferirea de stimulente financiare precum scutiri de la taxe de timbru sau ajutor public judiciar, cât şi sancţionarea celor care nu recurg la această procedură în cazurile în care legea o cere. De altfel, s-a şi încercat de către legiuitor de a veni în sprijinul cetăţenilor prin lămurirea lor asupra beneficiului acestei proceduri prin introducerea " procedurii de informare" din partea mediatorilor. (prin Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 90/2012 de modificare a art. 2 din Legea 192/2006) sub sancţiunea inadmisibilităţii cererii de chemare în judecată pentru neîndeplinirea obligaţiei de informare.

BIBLIOGRAFIE

I.Studii, cărţi

1. Anches Diana Ionela, *Medierea în viaţa social-politică*, Ed. Universitara, Bucureşti 2010,p.102

2. Corina Costea, *Experiment în dreptul civil francez- medierea familială obligatorie*, www.medierenet.ro/2013/08/23

3. Dorin Ilie, *Politicile europene în domeniul medierii, ca soluţie alternativă la instanţele de judecată*, **www.juridice.ro**

4.Nicolae Zecheru, *Medierea unor conflicte de natură penală, alternativă pentru modernizarea sistemului judiciar*, Ed. Min. Afacerilor Interne, Bucureşti 2013

II.Reviste

5. Curieruljudiciar.ro/2012/04/03

THE GUARANTEE OF RIGHT TO MARRY BY ENSURING „THE RIGHT TO DIVORCE"

Roxana Gabriela Albăstroiu, Assistant, PhD, University of Craiova

Abstract: The European Convention of Human Rights regulate in art. 8 the right to respect for private and family life and in art. 12 the right to marry. For all that, many European states still have a limited regulation of the reasons for getting the dissolution of marriage. Many states have legislations that allows only under very strict condition the divorce. Unfortunately, we can say that the ECHR regulate just the right to "the first marriage" because does not regulates the right to divorce. Now, the Regulation no. 2201/2003 represents a major step forward in the fight against violation of the right to privacy and family life and also of the right to marry. The European Union has brought together in a single legal instrument the provisions on divorce and parental responsibility, with a view to facilitating the work of judges and legal practitioners and to regulating the exercise of cross-border rights of access.

Keywords: mariage, divorce, Regulation no. 2201/2013, ECHR, standardize.

Introducere

Dreptul la viaţă privată şi dreptul la căsătorie se regăsesc reglementate în numeroase texte şi acte la nivel european, dar şi la nivel internaţional. În acest sens amintim cu titlul de exemplu câteva astfel de dispoziţii[1]: articolul 9 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene dispune că „Dreptul la căsătorie şi dreptul de a întemeia o familie sunt garantate în conformitate cu legile interne care reglementează exercitarea acestor drepturi"; articolul 16 din Declaraţia universală a drepturilor omului „Cu începere de la vârsta legală, bărbatul şi femeia, fără nici o restricţie în ce priveşte rasa, naţionalitatea sau religia, au dreptul de a se căsători şi de a întemeia o familie"; articolul 23 § 2 din Pactul internaţional cu privire la drepturile civile şi politice din 1966 : „Dreptul de a se căsători şi de a întemeia o familie este recunoscut bărbatului şi femeii, începând de la vârsta nubilă"; în acelaşi sens este şi art. 8 Convenţia europeană a drepturilor omului: „Orice persoană are dreptul la respectarea vieţii sale private şi de familie, a domiciliului său şi a corespondenţei sale. Nu este admis amestecul unei autorităţi publice în exercitarea acestui drept decât în măsura în care acesta este prevăzut de lege şi constituie, într-o societate democratică, o măsură necesară pentru securitatea naţională, siguranţa publică, bunăstarea economică a ţării, apărarea ordinii şi prevenirea faptelor penale, protecţia sănătăţii, a moralei, a drepturilor şi a libertăţilor altora"; Comisia şi Curtea europeană a drepturilor omului : "Articolul 12, de fapt, prevede dreptul de a se căsători şi de a întemeia o familie ca un singur drept. (…) [Acesta] recunoaşte de fapt dreptul bărbatului şi al femeii, aflaţi la vârsta la care îşi pot da consimţământul, de a întemeia o familie şi de a avea copii. Existenţa unui cuplu este fundamentală".

Modalitatea în care aceste texte de lege creează pârghiile necesare protecţiei drepturilor avute în vedere trebuie subsumată imposibilităţii normelor europene de a aduce o ingerinţă dreptului naţional, mai ales într-o materie atât de încărcată de privat şi personal. De altfel, considerăm că aceste drepturi, fiind corolarul principiilor stabilite în materia relaţiilor

[1] A se vedea Fr. Sudre, *Drept european şi internaţional al drepturilor omului*, Ed. Polirom, Iaşi, 2006, p. 329 şi urm.

de familie sunt la fel ca acestea încărcate de tradiţie, moralitate, religie şi social, fiind extrem de greu să se pătrundă în labirintul normativ naţional. Uniformizarea unor astfel de norme, chiar încercată prin numeroase proiecte la nivel european, nu a avut succes, în opoziţie aflându-se chiar textele de lege ale sistemelor de drept intern.

Cu toate acestea, Regulamentul (CE) nr. 2201/2003[2] privind competenţa, recunoaşterea şi executarea hotărârilor judecătoreşti în materie matrimonială şi în materia răspunderii părinteşti unifică în acelaşi act aspecte privitoare la măsurile în domeniul cooperării judiciare în materie civilă necesare pentru buna funcţionare a pieţei interne la nivelul Comunităţii Europene. În acest sens, Consiliul European de la Tampere a aprobat principiul recunoaşterii reciproce a hotărârilor judiciare ca piatră de temelie pentru crearea unui spaţiu judiciar veritabil şi a identificat dreptul de vizită ca o prioritate.

Pe parcursul acestei lucrări vom încerca să analizăm modalitatea în care acest Regulament completează actele anterioare şi maniera în care aduce un plus de securitate persoanei prin garantarea protecţiei dreptului la viaţă privată în tot spaţiul Uniunii Europene, exceptând Danemarca. Regulamentul dorește să clarifice modul în care se recunosc și se execută hotărârile judecătorești în materiilor civile referitoare la divorţ, separarea de drept şi anularea căsătoriei precum și relativ la atribuirea, exercitarea, delegarea, retragerea totală sau parțială a răspunderii părintești (art. 2 Regulament), aceste elemente fiind regăsite adesea interdependent în realitatea socială a zilelor noastre. familial și cele referitoare la responsabilitățile părinților. [3]

1. Sfera de aplicare şi limitele prevăzute de dispoziţiile art. 12 CEDO

Vom avea în vedere numai analiza aspectelor privitoare la divorţ, dat fiind faptul că, din textul art. 12 CEDO nu ni se arată cum este protejat dreptul la căsătorie al unei persoane, în condiţiile în care fiind deja angrenată într-o altă căsătorie, statul al cărui cetăţean este sau în care domiciliază nu îi conferă posibilitatea de a divorţa. Astfel, admitem că prin acest articol din Convenţie se garantează exclusiv dreptul la o primă căsătorie, dar nu şi dreptul de a se recăsători al unei persoane.

Articolul 12 nu garantează în niciun fel dreptul la divorţ. Curtea europeană refuză, în mod semnificativ, să procedeze la o „interpretare evolutivă a Convenţiei pentru a desprinde „un drept ce nu a fost inserat în cadrul acesteia de la început şi consideră că dreptul la căsătorie vizează „stabilirea raporturilor conjugale şi nu desfacerea lor. În sensul lor comun, cuvintele „dreptul de a se căsători" care figurează la art. 12 vizează formarea de relaţii conjugale şi nu dizolvarea lor. În plus, lucrările preparatorii ale acestui articol nu relevă nici o intenţie de a îngloba o garanţie oarecare a unui drept de a divorţa. Dacă ar trebui interpretată Convenţia în contextul de astăzi, Curtea nu ar şti să scoată din aceasta, printr-o interpretare evolutivă, un drept care a fost în mod deliberat omis la început. Ea relevă că această Convenţie trebuie citită ca un tot: un drept la divorţ fiind exclus de art. 12, nu ar fi logic să fie dedus din art. 8. Astfel, Curtea respinge o reclamaţia petiţionarilor (Johnston şi alţii) care afirmă că sunt victime ale unei discriminări care este contrară art. 14 al Convenţiei combinat cu art. 8 datorită faptului că dreptul irlandez poate recunoaşte anumite divorţuri pronunţate în

[2] Regulamentul 2201/2003 din 27 noiembrie 2003 abrogă și înlocuiește ordinul consiliului (EC) numărul 1347/2000 din 29 mai 2000 privind jurisdicția, recunoașterea și aplicarea sentințelor din dreptul familiei și cele referitoare la responsabilitățile părinților pentru copiii ambilor soți, care a intrat în vigoare la 1 martie 2001.

[3] Ghidul practic pentru aplicarea Regulamentului II de la Bruxelles, http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_ro.htm

străinătate. În concepţia ei, nu se pot considera ca fiind asemănătoare situaţia petiţionarilor şi aceea a persoanelor care pot obţine această recunoaştere." [4]

Cu toate acestea, jurisprudenţa europeană consacră un drept al cuplurilor căsătorite de a trăi separat, în cazul în care căsătoria lor eşuează. Curtea europeană sprijinindu-se pe obligaţiile pozitive aferente articolului 8 din convenţie, apreciază, într-adevăr, că despărţirea soţilor trebuie să poată beneficia de o „consacrare legală" şi că „protecţia vieţii private şi de familie poate uneori să necesite mijloace care să permită scutirea soţilor de obligaţia de a locui împreună".[5]

De altfel, art. 12 nu face obiectul limitărilor specifice ale clauzei de ordine publică, aşa cum este cazul art. 8, însă încredinţează legislaţiilor naţionale sarcina de a reglementa condiţiile de exercitare a dreptului la căsătorie. Conform jurisprudenţei europene, legislaţiile naţionale nu trebuie să restrângă sau să limiteze acest drept într-o manieră care ar aduce atingere „înseşi substanţei sale".[6] În cazul în care, normele de drept intern recunosc divorţul, nu trebuie să fie limitat, în manieră „nerezonabilă" dreptul persoanei de a se recăsători.

O astfel de situaţie o regăsim în legislaţia elveţiană unde este reglementată interdicţia de a se recăsători pe o perioadă de trei ani după divorţ impusă soţului din a cărui culpă a fost pronunţat divorţul (cauza F. contra Elveţiei, 18 decembrie 1987.) Obsrvăm că, într-o astfel de situaţie se are în vedere aplicarea unei „sancţiuni" faţă de soţul a cărui culpă a fost stabilită la desfacerea căsătoriei, prin hotărârea de divorţ,

Exemplele în acest sens pot continua chiar dacă nu în ideea de divorţ sancţiune, ci dreptului de a încheia o nouă căsătorie îi pot fi aduse atingeri prin chiar modul de reglementare al desfacerii căsătoriei. Având astfel în vedere că legislaţia Italiei nu prevede posibilitatea soţilor de a divorţa prin acord, legând în mod constant şi efectiv desfacerea căsătoriei de motive întemeiate, pe care instanţa le stabileşte privitor la fiecare caz în parte. Astfel, dacă soţii constată că mariajul nu mai poate continua fiind iremediabil lezate relaţiile dintre ei, sunt constrânşi ca acest fapt să îl demonstreze în faţa instanţei, simplul acord de voinţă al soţilor nefiind suficient pentru a desface căsătorie. Asistăm deci la o încălcare a principiului paralelismului formelor, în sensul că soţii nu pot desface prin acord comun, ceea ce au constituit tot print reunirea voinţelor lor.

Un alt exemplu poate viza legislaţia Bulgariei care permite divorţul doar în două cazuri, respectiv în cazul destrămării legăturii conjugale şi divorţul prin consimţământul soţilor. Dacă niciunul dintre aceste cazuri nu este considerat a fi îndeplinit, căsătoria nu se poate desface[7], soţii neputând uza de posibilitatea de a încheia o nouă căsătorie.

Curtea a reamintit că nici art. 8 şi nici art. 12 din Convenţie nu garantează dreptul la divorţ (*Johnston şi alţii c. Irlande*i), dar nerecunoaşterea dreptului de a divorţa nu echivalează cu absenţa oricărei protecţii convenţionale. Curtea s-a pronunţat în repetate rânduri cu privire la punerea în aplicare a procedurii de divorţ, identificând elemente care puteau aduce atingere efectivităţii dreptului la căsătorie, astfel că se ajunge la situaţia în care, deşi un drept nu este recunoscut şi garantat de Convenţie (dreptul la divorţ), el beneficiază de o anumită protecţie

[4] *Cauza Johnston şi alţii contra Irlanda*, nr. 9697/82, Hotărâre din 18 decembrie 1986, http://jurisprudentacedo.com/JOHNSTON-c.-IRLANDEI-Interdictie-constitutionala-a-divortului-in-Irlanda-si-consecinte-juridice-care-decurg-de-aici-pentru-un-barbat-si-o-femeie-necasatoriti-impreuna-precum-si-pentru-copilul-lor.html

[5] *Ibidem.*

[6] Cauza *Christine Goodwin c. Marea Britanie*, nr. 28957/95, Hotărârea din11 iulie 2002, www.echr.coe.int.

[7] Cauza *Ivanov şi Petrova c. Bulgariei*, Hotărârea din 14 iunie 2011, www.echr.coe.int.

în mod indirect, (*Valérie Gas şi Nathalie Dubois c. Franţei*, 31 august 2010, nr. 25951/07; *R.R. c. Poloniei*, 26 mai 2011, nr. 27617/04)[8].

În primul rând, cu toate că legislaţia internă prevede posibilitatea de a divorţa, art. 12 din Convenţie garantează dreptul persoanei divorţate de a se recăsători, fără a suferi restricţii nerezonabile din partea statului, drept ce s-a conturat şi în cadrul jurisprudenţei CEDO prin cauza *F. c. Elveţiei*.

În al doilea rând, durata excesivă a procedurii de divorţ poate ridica problema încălcării art. 12 din Convenţie[9], însă, în speţă, niciunul din aceste cazuri nu a fost considerat ca fiind aplicabil întrucât nu s-a considerat a fi vorba de vreo restricţie temporară de a se recăsători după pronunţarea divorţului şi nici de durata excesivă a procedurii de divorţ.[10]

Dea lungul timpului, Curtea a subliniat că dispoziţiile Convenţiei nu pot fi interpretate ca garantând existenţa dreptului la divorţ şi, cu atât mai puţin, a unui rezultat favorabil în această procedură.

De altfel jurisprudenţa CEDO este destul de bogată în astfel de speţe în care soţii se găsesc în situaţia de a avea *in facto* o relaţie nerecunoscută *de iure*, tocmai pentru că în legislaţia statul respectiv nu le este respectat dreptul de a desface căsătoria, neputând astfel încheia valabil o altă căsătorie.

2. Regulamentul nr. 2201/2003 – mecanism de unificare legislativă la nivel european

Domeniul de aplicare al Regulamentului priveşte hotărârile judecătoreşti de divorţ, de separare de corp sau de anulare a căsătoriei, fără să dispună asupra cauzelor de divorţ, efectele patrimoniale ale căsătoriei sau alte eventuale măsuri accesorii (articolul 8), deoarece aceste aspecte rămân a fi reglementate prin legislaţia internă a statelor membre. Tocmai din această perspectivă apar unele disconcordanţe între legislaţii, dar ale căror efecte, aşa cum vom putea observa şi în speţele prezentate sunt estompate prin aplicarea Regulamentului şi conferirea posibilităţii părţilor de a opta între mai multe sisteme de drept prin prisma unei competenţe alternative.

Sunt competente să hotărască în problemele privind divorţul, separarea de corp şi anularea căsătoriei instanţele judecătoreşti din statul membru pe teritoriul căruia se află: reşedinţa obişnuită a soţilor sau ultima reşedinţă obişnuită a soţilor în condiţiile în care unul dintre ei încă locuieşte acolo, reşedinţa obişnuită a pârâtului sau în caz de cerere comună, reşedinţa obişnuită a unuia dintre soţi, reşedinţa obişnuită a reclamantului în cazul în care acesta a locuit acolo cel puţin un an imediat înaintea introducerii cererii, reşedinţa obişnuită a reclamantului în cazul în care acesta a locuit acolo cel puţin şase luni imediat înaintea introducerii cererii şi în cazul în care acesta este fie resortisant al statului membru respectiv, fie, în cazul Regatului Unit şi al Irlandei, are domiciliul în acel loc.

Aceeaşi instanţă este competentă, de asemenea, pentru soluţionarea cererii reconvenţionale, în măsura în care obiectul acesteia nu excede domeniului de aplicare al Regulamentului şi nu aduce în acest sens o ingerinţă legislaţiei naţionale a statelor membre (articolul 4).

Instanţa judecătorească dintr-un stat membru care a pronunţat o hotărâre privind separarea de corp este competentă, de asemenea, să transforme această hotărâre în divorţ, în

[8] L. Cîrciumaru, I. Militaru, *Dreptul la divorţ (art. 6, 8 şi 12 CEDO): Imposibilitatea unei persoane de a se recăsători izvorâtă din refuzul pronunţării divorţului pentru prima căsătorie,* Revista JurisClasor CEDO, Ed. Universitară, Bucureşti, 2012, p. 27-30.

[9] Cauza *Aresti Charalambous c. Ciprului*, 19 iulie 2007, nr. 43151/04; Cauza *Wildgruber c. Germaniei*, cererile nr. 42402/05 şi 42423/05.

[10] Lavinia Cîrciumaru, Ionuţ Militaru, *op. cit.*, p. 27-30.

cazul în care dreptul acestui stat membru prevede aceasta (articolul 5) şi fără a încălca regulile de competenţă astfel cum au fost stabilite în cadrul Regulamentului şi cum de altfel, le-am putut observa mai sus.

Un soţ care are reşedinţa obişnuită pe teritoriul unui stat membru sau este resortisant al unui stat membru sau, în cazul Regatului Unit sau al Irlandei, are domiciliul său pe teritoriul unuia dintre aceste state membre, nu poate fi chemat în judecată în faţa instanţelor judecătoreşti dintr-un alt stat membru decât în temeiul regulilor anterior prezentate (se admite un caracter exclusiv al competeneţi aşa cum a fost prevăzută în cadrul articolelor 3, 4 şi 5 din regulament)

Instanţa judecătorească se va considera sesizată fie la data depunerii la instanţă a actului de sesizare a instanţei sau a unui act echivalent, cu condiţia ca reclamantul să nu fi neglijat în continuare să ia măsurile pe care era obligat să le ia pentru ca actul să fie notificat sau comunicat pârâtului, fie în cazul în care actul trebuie notificat sau comunicat înainte de fi depus la instanţă, la data primirii acestuia de către autoritatea responsabilă pentru notificare sau comunicare, cu condiţia ca reclamantul să nu fi neglijat în continuare să ia măsurile pe care era obligat să le ia pentru ca actul să fie depus la instanţă (articolul 16).

Instanţa judecătorească dintr-un stat membru sesizată cu o cauză pentru care nu este competentă potrivit Regulamentului şi pentru care este competentă o instanţă dintr-un alt stat membru, se declară, din oficiu, necompetentă.

Atunci când pârâtul, care îşi are reşedinţa obişnuită într-un alt stat decât statul membru în care s-a introdus acţiunea, nu se prezintă, instanţa judecătorească competentă este obligată să suspende procedura atâta timp cât nu se stabileşte că acest pârât a fost pus în situaţia de a primi actul de sesizare a instanţei sau un act echivalent în timp util pentru a-şi asigura apărarea sau că s-au luat toate măsurile necesare în acest scop.

În cazul în care actul de sesizare a instanţei sau un act echivalent a trebuit transmis dintr-un stat membru în altul în conformitate cu Regulamentul menţionat anterior, articolul 19 din Regulamentul (CE) nr. 1348/2000[11] se aplică în locul dispoziţiilor mai sus menţionate. În cazul în care dispoziţiile Regulamentului (CE) nr. 1348/2000 nu se aplică, articolul 15 din Convenţia de la Haga din 15 noiembrie 1965 privind notificarea şi comunicarea în străinătate a actelor judiciare şi extrajudiciare în materie civilă sau comercială se aplică în cazul în care actul de sesizare a instanţei sau un act echivalent a trebuit să fie transmis în străinătate în temeiul respectivei convenţii.

În cazul în care se introduc cereri de divorţ, de separare de corp sau de anulare a căsătoriei între aceleaşi părţi în faţa unor instanţe judecătoreşti din state membre diferite, instanţa sesizată în al doilea rând suspendă din oficiu procedura până când se stabileşte competenţa primei instanţe sesizate. Dacă se stabileşte competenţa primei instanţe sesizate, instanţa sesizată în al doilea rând îşi declină competenţa în favoarea acesteia. În acest caz, partea care a introdus acţiunea la instanţa sesizată în al doilea rând poate intenta respectiva acţiune la prima instanţă sesizată (articolul 19).

În caz de urgenţă, dispoziţiile Regulamentului nu împiedică instanţele judecătoreşti dintr-un stat membru să ia măsuri provizorii sau asiguratorii cu privire la persoanele sau bunurile prezente în acest stat, prevăzute de dreptul acestui stat membru, chiar dacă, în

[11] Privind notificarea si comunicarea in statele membre a actelor judiciare si extrajudiciare in materie civila si comerciala. Regulamentul (CE) nr. 1393/2007 al Parlamentului European şi al Consiliului din 13 noiembrie 2007 privind notificarea sau comunicarea în statele membre a actelor judiciare şi extrajudiciare în materie civilă sau comercială şi abrogarea Regulamentului (CE) nr. 1348/2000 al Consiliului este Publicat în „Jurnalul Oficial al Uniunii Europene", nr. L 324 din 10.12.2007.

temeiul prezentului regulament, o instanţă dintr-un alt stat membru este competentă pentru soluţionarea cauzei pe fond.

Măsurile luate în conformitate având ca fundament dispoziţiile regulamentului încetează să producă efecte atunci când instanţa din statul membru competentă în temeiul prezentului regulament pentru soluţionarea cauzei pe fond a luat măsurile pe care le consideră corespunzătoare.

Hotărârile judecătoreşti pronunţate într-un stat membru se recunosc în celelalte state membre fără a fi necesar să se recurgă la vreo procedură. În special şi fără a aduce atingere dispoziţiilor regulamentului privitoare la competenţă nu este necesară nicio procedură pentru actualizarea actelor de stare civilă ale unui stat membru pe baza unei hotărâri pronunţate în alt stat membru în materie de divorţ, separare de corp sau anulare a căsătoriei care nu mai poate fi supusă nici unei căi de atac în conformitate cu dreptul respectivului stat membru.[12] Cu respectarea prevederilor regulamentului, orice parte interesată poate solicita pronunţarea unei hotărâri de recunoaştere sau de refuz al recunoaşterii hotărârii. Competenţa teritorială a instanţei judecătoreşti indicată în lista comunicată Comisiei de fiecare stat membru în conformitate cu articolul 68 este stabilită prin dreptul intern al statului membru în care se depune cererea de recunoaştere sau de refuz al recunoaşterii. În cazul în care recunoaşterea unei hotărâri judecătoreşti se invocă pe cale incidentă în faţa unei instanţe judecătoreşti dintr-un stat membru, aceasta poate pronunţa o hotărâre în acest sens (articolul 21).

Potrivit articolului 22 din Regulament o hotărâre judecătorească pronunţată în materie de divorţ, de separare de corp sau de anulare a căsătoriei nu se recunoaşte:

- în cazul în care recunoaşterea contravine în mod evident ordinii publice a statului membru în care se solicită aceasta;
- în cazul în care actul de sesizare a instanţei sau un act echivalent nu a fost notificat sau comunicat în timp util pârâtului care nu s-a prezentat şi astfel încât acesta să îşi poată pregăti apărarea, cu excepţia cazului în care se constată că pârâtul a acceptat hotărârea într-un mod neechivoc;
- în cazul în care aceasta este ireconciliabilă cu o hotărâre pronunţată într-o acţiune între aceleaşi părţi în statul membru în care se solicită aceasta sau
- în cazul în care aceasta este ireconciliabilă cu o hotărâre pronunţată anterior într-un alt stat membru sau într-un stat terţ într-o cauză între aceleaşi părţi, din moment ce această primă hotărâre îndeplineşte condiţiile necesare recunoaşterii sale în statul membru în care se solicită aceasta.

Observăm astfel că aceste situaţii de nerecunoaştere reprezintă excepţia, fiind de strictă aplicare şi de strictă interpretare. Tot în cadrul regulamentului regăsim în anexe modelul în care este emis certificatul de divorţ recunoscut la nivel internaţional. Recunoaştem astfel că tendinţele de unificare a legislaţiei europene în materia relaţiilor de familie capătă o formă concretă, Regulamentul CE nr. 2201/2003 reprezentând un pas important în acest sens, fapt care reiese nu numai din dispoziţiile mai sus prezentate ci şi din jurisprudenţa deja constituită.

3. Aplicaţii ale Regulamentului nr. 2201/2003

[12] A se vedea şi I. Lazar, *Le citoyen européen, nucléé dur de l'intégration communautaire; la dimension sociale de la citoyenneté européenne*, Conferinţa internaţională „Uniunea Europeană – Instituţionalizare şi reformă", 14-15 mai 2010, Piteşti, România, volumul "European Union's history, culture and citizenship", Ed. Publishing House of University of Piteşti, ISBN 978-606-560-111-6, p. 692-700 .

Aplicarea regulamentului în statele membre ale Uniunii Europene nu poate decât să aducă importante progrese în garantarea drepturilor omului, prin consacrarea indirectă a dreptului la o nouă căsătorie, dat fiind faptu că soţii, beneficiind de dispoziţiile privitoare la competenţă, pot opta pentru sistemul legislativ a statului care le asigură pe cât posibil dreptul la căsătorie, dincolo de reglementarea art. 12 CEDO. O situaţie în care dreptul intern îngrădeşte excesiv dreptul la încheierea unei noi căsători prin simplul fapt că soţilor nu le este permis să desfacă o căsătorie existentă[13] o regăsim în cazul a două cupluri de italieni. Astfel, B.C. şi V.D. s-au căsătorit la data de 07/04/2007 în Italia. În anul 2011 B.C. a fost delegată de firma la care lucra în România pentru a reprezenta interesele acesteia în zona de est a Europei. Acesta este momentul în care începe să se deterioreze relaţiile dintre cei doi soţi, culminând cu despărţirea în fapt. În aceeaşi perioadă îl cunoaşte pe S.A., coleg de serviciu cu ea şi aflat într-o situaţie similară. La începutul anului 2014 fiecare dintre ei au hotărât să divorţeze în România, deoarece în Italia nu îndeplineau condiţiile prevăzute de lege pentru a putea desface căsătoria.

Legea italiană[14] prevede motivele temeinice de divorţ, care constituie condiţii necesare dar nu şi suficiente pentru acordarea unui divorţ. În virtutea competenţei sale de apreciere, care poate varia ca întindere, în funcţie de motivele specifice ale divorţului, instanţa trebuie să decidă faptul că mariajul s-a destrămat iremediabil, fapt ce constituie baza comună a tuturor motivelor de divorţ. Aceste verificări sunt necesare chiar şi în cazurile în care părţile formulează o acţiune comună de divorţ. Acordul soţilor nu constituie în sine un motiv de divorţ (şi, prin urmare, în Italia nu există propriu-zis ceea ce se numeşte divorţ prin acordul ambilor soţi); înainte de a acorda divorţul, instanţa trebuie întotdeauna să stabilească faptele care stau la baza unei cereri de divorţ.

Pe rolul judecătoriei Craiova au fost introduse astfel acţiunile civile de divorţ prin acordul soţilor de către B.C. şi V.D[15], iar într-un alt dosar de către S.A. şi R.V[16].

Acţiunea a fost întemeiată pe dispoziţiile art. 2600, lit. b, şi alin. (2), art. 374, lit. a NCC, art. 928-930 NCPC şi art. 3 (1) (a) paragraf 2 şi 4 din Regulamentul (CE) nr. 2201/2003 al Consiliului din 27 noiembrie 2003 potrivit cărora privitor la competenţa pe fond se dispune: "Sunt competente să hotărască în problemele privind divorțul, separarea de drept și anularea căsătoriei instanțele judecătorești din statul membru: " [...] ultima reședință obișnuită a soților, în condițiile în care unul dintre ei încă locuiește acolo sau […] în caz de cerere comună, reședința obișnuită a unuia dintre soți".

De asemenea, art. 1078 pct. 5 NCPC prevede că, instanţele române sunt exclusiv competente să judece litigii cu elemente de extraneitate din sfera statutului personal referitoare la desfacerea, nulitatea sau anularea căsătoriei, precum şi alte litigii între soţi, cu excepţia celor referitoare la imobile situate în străinătate, dacă la data introducerii cererii ambii soţi domiciliază în România şi unul dintre ei este cetăţean român sau apatrid. Rezultă, aşadar, că judecatoria în raza careia domiciliază reclamantul este competentă să soluţioneze cererea de divorţ dacă pârâtul locuieşte în străinătate şi, indiferent de cetăţenia sa, reclamantul a locuit pe teritoriul României cel puţin un an imediat înaintea introducerii cererii sau dacă, fiind cetăţean român ori apatrid, a locuit în România cel puţin şase luni imediat înaintea introducerii cererii.[17]

[13] A se vedea O. Ghiță, *Marriage and family life in ECHR jurisprudence*, International Journal of Juridical Sciences, Agora University Press, Oradea, 2014, p. 57.
[14] Actul nr. 898 din 1 decembrie 1970, astfel cum a fost modificat de Actul nr. 436 din 1 august 1978 şi Actul nr. 74 din 6 martie 1987, http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_ita_ro.htm
[15] Sentinţa civilă nr. 4788 din 1 aprilie 2014, Judecătoria Craiova.
[16] Sentinţa civilă nr. 6592 din 9 mai 2014, Judecătoria Craiova.
[17] M. Tăbârcă, *Drept procesual civil,* vol II, Ed. Universul Juiridic, Bucuresti, 2013, p. 647.

În acelaşi sens, nu trebuie ignorată convenţia părţilor în ce priveşte alegerea competenţei instanţei, în sensul art. 914 NCPC, care se referă numai la cererea de divorţ. Potrivit art. 1066 NCPC care reglementează prorogarea voluntară de competenţă în favoarea instanţei române, aceasta este competentă atunci când părţile au convenit valabil competenţa instanţelor române. A fost depusă la dosarul cauzei convenţia părţilor în acest sens.

Pentru a se putea stabili competenţa instanţei a fost administrată proba cu înscrisuri (contractul de muncă al soţului delegat în Craiova şi contractul de locaţiune pe o durată mai mare de un an) şi martori, fiind avută în vedere reşedinţa obişnuită a unuia dintre soţi, astfel cum regulamentul dispune în textul mai sus amintit.

În ambele speţe instanţa se constată competentă general, material şi teritorial să soluţioneze cauza în temeiul art. 131 alin. (1) NCPC, art. 126 alin. (1) Constituţia României, art. 914 alin. (1) NCPC raportat la art. 3 alin. (1) lit a, pct. 4 din Regulamentul CE nr. 2201/2003.

În aceste condiţii, s-a trecut la judecarea pe fond a acţiunii de divorţ, finalizată cu desfacerea căsătoriei cetăţenilor italieni şi acordarea posibilităţii de a-şi reconsidera dreptul la căsătorie faţă de persoana aleasă.

Concluzii

Speţele în care soţii sunt obligaţi să uzeze de dispoziţiile Regulamentului CE nr. 2201/2003 sunt numeroase, numai observând jurisprudenţa din ţara noastră putem constata acest lucru. Necesitatea de a căuta un sistem de drept a cărui legislaţie este mai permisivă şi conferă soţilor posibilitatea de a desface o căsătorie şi de a beneficia de drepturile prevăzute în Convenţia Europeană a Drepturilor Omului – dreptul la căsătorie şi dreptul la viaţă privată – nu poate decât să sublinieze o carenţă în cadrul acestor dispoziţii la nivel european.

Cel mai des a fost analizată respectarea elementelor procedurale şi modalitatea în care instanţa naţională a motivat hotărârea judecătorească, nerecunoaşterea dreptului de a divorţa neechivalând cu absenţa oricărei protecţii convenţionale.

Cu toate acestea, considerăm că, de la caz la caz, Curtea ar trebui să analizeze în context, în ce manieră este garantat dreptul la căsătorie şi dacă limitele impuse de „imposibilitatea unei ingerinţe" îndeplinesc condiţiile obligatorii: să fie prevăzută în lege; să constituie o măsură necesară într-o societate democratică; pentru securitatea naţională, siguranţa publică, bunăstarea economică a ţării, apărarea ordinii şi prevenirea faptelor penale, protejarea sănătăţii sau a moralei, ori protejarea drepturilor şi libertăţilor altora; să fie proporţională cu scopul urmărit.

Acknowledgement

Această lucrare a fost finanţată din contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID 141699, cofinanţat din Fondul Social European, prin Programul Operaţional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

Bibliografie

Fr. Sudre, *Drept european şi internaţional al drepturilor omului*, Ed. Polirom, Iaşi, 2006.

O. Ghiţă, *Marriage and family life in ECHR jurisprudence*, International Journal of Juridical Sciences, Agora University Press, Oradea, 2014.

L. Cîrciumaru, I.Militaru, Dreptul la divorţ (art. 6, 8 şi 12 CEDO): Imposibilitatea unei persoane de a se recăsători izvorâtă din refuzul pronunţării divorţului pentru prima căsătorie, Revista JurisClasor CEDO, Editura Universitară, Bucureşti, 2012.

I. Lazar, *Le citoyen européen, nucléé dur de l'intégration communautaire; la dimension sociale de la citoyenneté européenne*, Conferinţa internaţională „Uniunea Europeană – Instituţionalizare şi reformă", 14-15 mai 2010, Piteşti, România, volumul "European Union's history, culture and citizenship", Ed. Publishing House of University of Piteşti, ISBN 978-606-560-111-6, p. 692-700 .

M. Tăbârcă, *Drept procesual civil,* vol II, Ed. Universul Juiridic, Bucuresti, 2013.

Ghidul practic pentru aplicarea Regulamentului II de la Bruxelles, http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_ro.htm

Actul nr. 898 din 1 decembrie 1970, astfel cum a fost modificat de Actul nr. 436 din 1 august 1978 şi Actul nr. 74 din 6 martie 1987, http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_ita_ro.htm

Sentinţa civilă nr. 4788 din 1 aprilie 2014, Judecătoria Craiova.

Sentinţa civilă nr. 6592 din 9 mai 2014, Judecătoria Craiova.

Cauza Johnston şi alţii contra Irlanda, nr. 9697/82, Hotărâre din 18 decembrie 1986, http://jurisprudentacedo.com/JOHNSTON-c.-IRLANDEI-Interdictie-constitutionala-a-divortului-in-Irlanda-si-consecinte-juridice-care-decurg-de-aici-pentru-un-barbat-si-o-femeie-necasatoriti-impreuna-precum-si-pentru-copilul-lor.html

Cauza *Christine Goodwin c. Marea Britanie*, nr. 28957/95, Hotărârea din11 iulie 2002, www.echr.coe.int.

Cauza *Aresti Charalambous c. Ciprului*, 19 iulie 2007, nr. 43151/04; Cauza *Wildgruber c. Germaniei*, cererile nr. 42402/05 şi 42423/05.

Cauza *Ivanov şi Petrova c. Bulgariei*, Hotărârea din 14 iunie 2011, www.echr.coe.int

.

CONSIDERATIONS ON THE CHALLENGE, ABSTENTION, DISMISSAL AND REPLACEMENT OF THE ARBITRATORS

Roxana Maria Roba, Assist. Prof., PhD, "Petru Maior" University of Tîrgu Mureș

Abstract: The arbitrator capacity may stop by challenge, abstention, dismissal and replacement. This survey aims to analyze the procedure regarding each of these grounds regarding the termination of the arbitrator capacity, the distinction between these institutions in the light of the relevant case law but also in the light of the regulations contained in the international conventions relating to arbitration in the national legislations and the rules of the main arbitration institutions.

Keywords: arbitrator, challenge, abstention, dismissal, replacement.

Lately, in the recent years, the challenging of the arbitrators became a common action in the international commercial arbitration[1]. The main reason justifying the challenge of an arbitrator refers to the existence of a conflict of interest, but the arbitrators may be challenged also for misconduct[2].

Traditionally, most arbitration rules provided that the arbitrator may be challenged on the same grounds as a judge. Today, following the model of UNCITRAL Arbitration Rules of 1976, most of the regulations provide that the judges may be challenged for reasons related to their impartiality and independence[3]. Thus, the Swiss Arbitration Rules 2006 stated in Article 10 section 1 that arbitrators may be challenged if circumstances exist and give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality and independence. For the same purpose are the provisions of Article 19 of the Arbitration Rules of the Court of Arbitration of Milan which provide that each party may file a reasoned challenge against an arbitrator on any ground that casts a doubt on his/her independence or impartiality.

Challenging applications can be drafted against any arbitrator regardless of how he was appointed, either in accordance with the rules of arbitration institutions or in accordance with national legislation.

The UNCITRAL Model Law contains in the Article 12 provisions relating to the challenge of arbitrators. Therefore, the person appointed as an arbitrator shall inform on the circumstances that give rise to legitimate doubts on his impartiality and independence. An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts on his impartiality or independence, and if he does not possess qualifications agreed by the parties. A party may challenge an arbitrator only for reasons which it becomes aware of after the appointment has been made.

Regarding the challenge procedure, Article 13 provides that the parties are free to agree to the challenge, and in the absence of an agreement, the interested party shall submit a

[1] For instance, the International Arbitration Court in Paris points out the fact that during 1995-1999, 82 challenge request were drafted, while 140 of this kind of applications were drafted between 2000-2004. Other arbitration institutions encountered similar experiences, as well.

[2] See Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press Publishing House, United States of America, 2008, p. 140.

[3] See Van den Berg, *Justifiable Doubts as to the Arbitrator's Impartiality or Independence*, in Leiden Journal of International Law, 1997, no. 10, p. 509.

reasoned request to the arbitral tribunal within 15 days, term which begins on the date of the notice of challenge.

The opposing party may agree to the challenge, the challenged arbitrator being able to waiver in his turn. Otherwise, the request for challenge shall be decided by the arbitral tribunal. If the challenge can not be obtained within this procedure, the interested party may address to the court or competent authority of the state, within 30 days of the rejection of the application for challenge. But Article 13, paragraph 3 of the Law provides that while such a request is pending, the arbitral tribunal including the challenged arbitrator, may continue the arbitral proceedings and make an award.

If the arbitrator becomes *de jure* or *de facto* unable to perform his functions or he fails to act without undue delay, his mandate terminates if he withdraws or if the parties agree on the termination. Otherwise, if a controversy remains concerning any of these grounds, the parties may address the court or other competent authority of the state.

It should be highlighted the fact that the withdrawal of an arbitrator does not amount to recognition of the reasons for which he was challenged as provided by Article 14, paragraph 2 of the UNCITRAL Model Law. In practice, the arbitrators often waiver when they ascertain that the parties no longer trust them[4].

If the mandate of an arbitrator terminates under the conditions mentioned above, a substitute arbitrator shall be appointed under the rules applicable to the appointment of the original arbitrator.

On what regards the main causes of challenge, the Rules of Arbitration of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry from 2014[5] mention in Article 20, paragraph 1 that the challenge request shall be judged by the arbitral tribunal without the participation of the challenged arbitrator, this arbitrator being replaced by the President of the Arbitration Court or an arbitrator appointed by him.

The challenge shall be required, under penalty of preclusion, within 10 days after the party became aware of the appointment of its arbitrator or, where appropriate, after the occurrence of the challenge request. (Article 18, paragraph 5 of the Rules of Procedure Arbitration of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry 2014)

The Romanian Civil Procedure Code of 2010, republished, expressly provided in Article 1113, paragraph 2 the reasons for the arbitrators' challenge, namely: when the arbitrator does not have the qualifications established by the parties; when there is a cause for challenging arbitrators as provided by the Rules of Arbitration embraced by the parties, or, in case of arbitrators' absence; when the circumstances induce a legitimate doubt on his independence and impartiality.

Regarding the failure for qualifying condition or other conditions relating to arbitrators, the last ability given to the parties is basically a further opportunity to review and control the objectivity, integrity and professionalism of the people entrusted with the resolving of the case[6]. Of course, in practice, such an assessment presents obviously a strong subjective feature.

In case the parties have not established a procedure for challenge, the tribunal at the arbitration headquarters shall rule on the challenge by final judgment. The legal literature has

[4] See Margaret L. Moses, *op.cit.*, p. 141.
[5] Published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 613 of 19.08.2014.
[6] See Monica Ionaş Sălăgean, *Arbitrajul comercial*, All Beck Publishing House, Bucharest, 2001, p. 90.

argued that the hearing report could be challenged by an appeal for annulment or for some reasons, by review[7].

Article 14, paragraph 1 within the Rules of Arbitration of the International Court of Arbitration in Paris provides that the challenge of the arbitrator may be requested by the parties for lack of independence through a written request to the Secretariat of the Court, in which the reasons for the request are stated. For a challenge to be admissible, it must be submitted by a party either within 30 days from receipt of the notification regarding the appointment or confirmation of the arbitrator, or within 30 days from the date when the party making the challenge was informed of the facts and circumstances on which the challenge is based if such date is subsequent to the receipt of such notification. (Article 14, paragraph 2 of the rules of Arbitration of the International Court of Arbitration in Paris).

The Court will decide on the admissibility and, if necessary, in the same time on the reasons for the challenge after the Secretariat of the Court has offered the opportunity to the arbitrators in question, to the adverse party and to other arbitrators to express their opinion in writing. Therefore, the procedure for challenge has a contradictory feature.

The French case law has shown that targeted arbitrators may give an award even if the procedure of challenge is in progress; subsequently this decision will be cancelled in case it appears that there was an actual lack of independence and impartiality in what concerns the arbitrators[8].

In some jurisdictions, the decisions of the International Court of Arbitration in Paris regarding the requests for challenge are final, the reasons for challenge being raised in the proceedings for annulment of the arbitral award, not for the purpose of removing an arbitrator, but to achieve the abolishment of the judgment[9].

The provisions regarding the challenge of arbitrators are found in Article 10 of the Arbitration Rules of the International Court of Arbitration in London. In addition to the reasons referring to the lack of independence and impartiality, the arbitrators may be challenged if they act in deliberate violation of the Arbitration Agreement; do not act fairly or impartially as between the parties; or do not conduct or participate in the arbitration with reasonable efficiency, diligence and industry and where they do not comply with the arbitration agreement or acting in an unfair or do not drive or take part in the arbitration proceedings with care, avoiding any delay or additional expense. (Article 10.2 of the Rules of Arbitration of the London International Court of Arbitration[10])

The Court will dismiss the arbitrator and shall appoint another arbitrator in the event that any of the arbitrators communicate in writing his intention to abandon the position or if he dies, is seriously ill, refuses or becomes unable to perform his task. The court will decide on the expenses and costs that must be paid to the former arbitrator services.

The challenge request will be submitted within 14 days from the date of the establishment of the arbitral tribunal or later, after becoming aware of the existence of a reason for challenge. In all cases, the arbitrator will have to be heard before the rule of a judgment in what he is concerned.

Regarding the appointment of a new arbitrator, the Court will have complete freedom to decide whether or not the initial procedure should be followed. A possible nomination of

[7] See Viorel Roș, *Arbitrajul comercial internațional*, Monitorul Oficial Publishing House, Bucharest, 2000, p. 293.
[8] See Jacques Béguin, Michel Menjucq, *Droit du commerce international*, Litec Publishing House, Paris, 2005, p. 984.
[9] See Michael Bühler, Thomas H. Webster, *Handbook of ICC Arbitration*, Thomson Reuters Publishing House, London, 2008, p. 170.
[10] The rules entered into force on 1 October 2014. See http://www.lcia.org.

the party will be compulsory exercised within 15 days or within another date set by the Court, under the penalty of preclusion.

In Article 24 of the English Law on the arbitration of 1996 regulates extensively the grounds on which the arbitrator may be challenged. Thus, a first reason has in view the existence of certain circumstances that give rise to justifiable doubts regarding the impartiality of arbitrators. Unlike the regulation contained in the UNCITRAL Model Law, the legal text does not refer to the lack of independence of judges, as it was appreciated that the interpretation of this concept would give rise to endless disputes in practice[11].

Of course a list of all the reasons that could affect the impartiality of the arbitrator does not exist, therefore, a decision will be taken according to each particular circumstance. The English jurisprudence, facing with the resolving of the challenge request for this reason, argued that the mere relationship between arbitrator and one of the parties is not enough to consider it is affected by impartiality[12].

The lack of qualifications required by the arbitration convention may also be a reason for challenge. The existence of these qualifications such as affiliation to a particular profession, is related to the moment the arbitral tribunal is established, even if subsequently the person no longer performs that profession[13].

The arbitrator may also be challenged for physical or mental incapacity to conduct the proceedings, or if there are reasons to justify the absence of such capacities.

Another reason for challenging the arbitrator from the trial has in view his refusal or his failure to conduct the procedure or use all appropriate means to solve the case, producing or being prone to produce in this way a substantial injustice to one of the parties.

The arbitral tribunal may issue a decision while the challenging procedure is ongoing. Regarding the arbitrator's fees, the Court will decide as it sees appropriate.

The abstaining arbitrator is regulated by Article 18, paragraph 3 of the Rules of Arbitration of the International Commercial Arbitration Court attached to the Chamber of Commerce and Industry in 2014, the person who knows that there is a case for challenge in what the person is concerned is required to notify the parties and the other arbitrators before accepting the appointment as arbitrator and if such cases occur after acceptance, as soon he finds out about the challenge. This person can not participate in the arbitral proceedings unless the parties, notified according to the previous paragraph, declare in writing that they understand not to require the challenge. Even in this case, this person has the right to abstain from judging the case. The statement of abstention shall be in writing and does not need to be substantiated. The written form requirement is met if the statement is recorded in the concluding hearing.

The Romanian Civil Procedure Code of 2010, republished, does not contain regulations regarding the failure of arbitrators in international arbitration and is therefore subject to the provisions of the same normative act relating to domestic arbitration. The person who knows that there is a case for challenge in what the person is concerned is required to notify the parties and the other arbitrators before accepting the appointment as arbitrator and if such cases occur after acceptance, as soon he finds out about the challenge. Regarding the assumption that the arbitrator has not accepted this function yet, it is rather about a refusal to accept the task of being arbitrator and not an actual abstention[14]. The

[11] See Andrew Tweeddale, Keren Tweeddale, *Arbiration of commercial disputes. International and English Law and Practice*, Oxford University Press Publishing House, New York, 2007, p. 645.
[12] *Idem*, p. 643.
[13] The way it was ruled in the case Pan Atlantic Group Inc v. Hassneh Insurance Co of Israel Ltd, in Andrew Tweeddale, Keren Tweeddale, *op.cit*., p. 645.
[14] See Ion Deleanu, Sergiu Deleanu, *Arbitrajul intern şi internaţional*, Rosetti Publishing House, Bucharest,

arbitrator's abstention does not amount to the recognition of the challenging. The Romanian Civil Procedure Code of 2010, republished, also provides in the Article 562, paragraph 5 that abstention is effective on its formulation without any further formality.

The arbitrator's dismissal was interpreted as having the meaning of its terminating assignment from his capacity, respectively that of resolving the dispute between the parties, considered to be a discretionary and uncensored ordering act[15]. Dismissal may also occur following the completion of a transaction by the parties in the dispute or following the parties' abandonment of the settlement of the dispute by arbitration.

The Rules of Arbitration of the International Commercial Arbitration Court at the current regulation somehow distance from this interpretation. Article 19, paragraph 1 of these rules provide that the arbitrator dismissal may be required in the following situations: if after acceptance, the arbitrator abandons unreasonably the capacity of arbitrator[16]; if, without good reason, the arbitrator does not participate in the arbitration hearing repeatedly or commits other acts that unreasonably delay dispute or does not rule the judgment by the deadline set by the arbitration convention or by these rules; if the arbitrator does not respect the confidentiality of arbitration by deliberately publishing or disclosing data that he has knowledge in its capacity as arbitrator, without the consent of the parties.

The regulation within the contents of the Rules of Arbitration of the International Commercial Arbitration Court attached to the Chamber of Commerce and Industry of Romania in 2011 provided another reason for the dismissal of arbitrators, namely the case in which they repeatedly violate their duties. The wording allowed a very broad interpretation of cases justifying dismissal of arbitrators.

The arbitrator's replacement is ordered in case he is unable to exercise his task, for every case (challenge, abstention, dismissal, suspension, cancellation, death, etc.) if a substitute arbitrator was not appointed or if he was prevented from exercising his task (Article 21, paragraph 1, of the Rules of Arbitration of the International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry 2014).

According to Article 1113, paragraph 1 of the Civil Procedure Code of 2010, republished, dismissal and replacement of arbitrators shall be made according to the arbitration convention or the agreement set by the parties subsequent to its conclusion, and in absence, the interested party may request from the arbitration tribunal to do this, following the provisions of the Book IV of the same normative act to be applied.

Article 25 of the English Law on Arbitration 1996 provides that an arbitrator may waiver the assignment after notifying the parties, by an application addressed to the Court requesting it to release him of any assignment and decide on the expenditure. The Court will accept the arbitrators' motion to waiver, if it considers that it is justified having in view all the circumstances of the case.

As the arbitrator's mission is personal, it ceases upon death. Also, unless the parties agree otherwise, the death of the party that appointed the arbitrator does not result in the

2005, p. 120.

[15] See Silviu Costache, Raluca Gheorghiță, *Norme și practică privind soluționarea prin arbitraj a litigiilor comerciale internaționale*, Premier Publishing House, Ploiești, 2005, p. 87.

[16] The previous regulation made reference to the waiver of the arbitrator, the regulation being criticized under many aspects. Therefore, the text produced confusion between the notion of dismissal or waiver, by stating that dismissal will be ordered as a consequence for the unjustified waiver of the arbitrator. However, while the waiver is a case of cessation of the capacity as arbitrator, based on the will of the person that accepted this assignment, dismissal is the consequence of an external will.

arbitrator's dismissal as Article 26, paragraph 2 expressly states in the English Law on arbitration in 1996.

If the capacity of the arbitrator stops, the consequence on what concerns the parties is the conducting of additional costs and delay in the judgment of the case[17]. Of course, the parties will attempt to replace the arbitrator as soon as possible, they being entitled to agree upon the procedure to be followed in this regard. In the absence of such agreement of the parties, the provisions of Section 16 and 18 of the English Arbitration Act 1996 shall be applicable.

Cases in which arbitrators may be dismissed from the judgment targets in particular their lack of independence and impartiality. However, unlike the cases of incompatibility of judges, arbitrators may be challenged in case they do not meet the qualifying conditions or other conditions relating to arbitrators that were provided by the parties in the arbitration convention.

Bibliography:

Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press Publishing House, United States of America, 2008

Ion Deleanu, Sergiu Deleanu, *Arbitrajul intern şi internaţional*, Rosetti Publishing House, Bucharest, 2005

Tweeddale, Keren Tweeddale, *Arbiration of commercial disputes. International and English Law and Practice*, Oxford University Press Publishing House, New York, 2007

Jacques Béguin, Michel Menjucq, *Droit du commerce international*, Litec Publishing House, Paris, 2005

Michael Bühler, Thomas H. Webster, *Handbook of ICC Arbitration,* Thomson Reuters Publishing House, London, 2008

Jacques Béguin, Michel Menjucq, *Droit du commerce international*, Litec Publishing House, Paris, 2005

Monica Ionaş Sălăgean, *Arbitrajul comercial*, All Beck Publishing House, Bucharest, 2001

Viorel Roş, *Arbitrajul comercial internaţional*, Monitorul Oficial Publishing House, Bucharest, 2000

[17] See Andrew Tweeddale, Keren Tweeddale, *op.cit.*, p. 647.

CORRUPTION AND REGULATION OF ITS LEGAL FRAMEWORK IN OUR COUNTRY

Adriana Magdalena Sandu, Assistant, PhD Student, "Spiru Haret" University

Abstract: For Romanian criminal justice system, corruption is a normative concept designating priority infringement or illegal and immoral transgression of the rules on duties of public officials, businesses or persons performing various financial and banking operations.
Given this broad sense, we can identify the criminal law, right from its beginning to the present, a number of incriminations that cell as a common denominator, namely material advantage. The term corruption to mean material advantage was introduced in Romanian legislation, with the Criminal Code, which entered into force on January 1, 1969, and resumed in the Law 83/21 July 1992 on urgent procedure prosecution and trial for some corruption offenses. In order to improve the legal framework was adopted the Law no. 78/2000 on preventing, discovering and sanctioning corruption shows that offenses of corruption and similar offenses of corruption offenses and offenses directly related to corruption offenses.

Keywords: public office, public office, incompatibility, conflict of interest.

For the Romanian criminal law system, corruption is a priority normative concept that designates the illegal and immoral violation of the norms that refer to the obligations of the public clerk, economic agents or people that perform different financial or bank operations.

Starting from this generic meaning, we can identify in the criminal legislation, from its beginning until present, a series of incriminations that have as purpose a common denominator, respectively the material advantage. The term of corruption, with the meaning of material advantage, has been introduced in the Romanian legislation together with the Criminal Code, enforced on the 1st of January 1969, and restated in Law 83/21st of July 1992 regarding the urgent procedure of tracking and trial for some corruption infractions. In order to improve the legal frame, Law no. 78/2000 has been adopted, to prevent, discover and punish the corruption[1], showing which are the corruption infractions, the infractions associated to the corruption infractions and the infractions directly related to the corruption infractions.

In 2012, the National Anti-Corruption Directorate has been founded through the Emergency Ordinance no. 43/2002[2], by reorganizing the National Anti-Corruption Prosecution Office, as a structure with legal personality, within the Prosecutor's Office attached to the High Court of Cassation and Justice

Also, some important step towards the harmonization of the Romanian legislation with the requirements of the European Union were: the Law no. 161 from the 19th of April

[1] Law 78/2000 for the prevention, discovery and punishment of the corruption, published in the Official Monitor no. 219 from the 18th of May 2000, with subsequent modifications and addition
[2] Emergency Ordinance no. 43/2002, regarding the National Anti-Corruption Directorate, published in the Official Monitor no.244 from 11th of April 2002.

2003[3] regarding certain measures to ensure the transparency in the exercise of public dignities, public functions and in the business environment and the Emergency Ordinance no. 24 /21.04.2004[4] regarding the increase of the transparency in the exercise of public dignities and public functions, as well as the intensification of the anti-corruption measures, which modified and completed Law no. 115/1996[5] for the declaration and control of the assets of the officials, magistrates, public clerks and certain people with managing positions and the Emergency Ordinance 43/2002 regarding the National Anti-Corruption Directorate.

We have to mention that by act of corruption we mean any act by which a person tries or succeeds to determine a clerk found in the exercise of work to perform an act that comes against the law or his work duties or to favor in any way the people involved, in exchange for certain material benefits or undue advantages. Subsequently, it is fully justified to enlarge the range of acts incriminated within this category of infractions, in close connection to the transparency of the economic activity and the diversification of the manifestations.

Seen as a real scourge that tends to destroy the basis of the fundamental institutions of the rule of law, corruption, with deep international affectations, is a phenomenon that worries both the governments and the public opinion from the entire world.

Thus, in a world confronting with different and complex issues, the corruption activities – including obtaining money by illegal ways – are more and more frequent. The history of the human society shows that crime and corruption, under their different manifestations, existed and happened under different intensities, from the oldest times. Corruption, as a phenomenon, has been present since the ancient times, being a seriously grave behavior, but at the same time spread in the whole world.

In Romania, new forms of corruption appeared and developed, specific to the transition to the market economy, manifested by different means, like: illegal transfers of money and goods, gradual degradation of the public patrimony, fraudulent bankruptcy, taking important economic goods and values, belonging to the national cultural patrimony out of the country illegally, etc.

At present, the corruption infraction and the work crimes are provided in the *Criminal Code, Title V, chapters I and II* („Corruption Infractions" and „Work Crimes")

These crimes, as shown by their denomination, disturb certain public activities or law-regulated activities. These crimes, although numerous and having a huge variety, have been included in a unique title, because they have a common characteristic – that by performing them, the social relations of the same nature are disturbed, relations regarding the work activity or the established regime for certain activities regulated by the law.

The Criminal Law incriminates, under the same title, the following acts: bribery (offering and accepting money), influence traffic, purchasing influence, acts performed by the members of the arbitrary instances or related to them; acts performed by the foreign clerks or

[3] Law no. 161 from 19th of April 2003, regarding certain measures to ensure the transparency in the exercise of public dignities, public functions and in the business environment. (Modified by O.U.G. no. 40/2003, O.U.G. no. 77/2003, O.U.G. no. 92/2004, Law no. 171/2004, Law no. 96/2006, O.U.G. no. 31/2006, Law no. 251/2006 ,Ordinance no. 2/2006, O.U.G. no. 119/2006, Law no. 144/2007, Law no. 359/2004, O.U.G. no. 14/2005, Law no. 330/2009, Law no. 284/2010, O.U.G. no. 37/2011) published in the Official Monitor no.279 from 21st of April 2003.

[4] Emergency Ordinance no. 24/2004 regarding the increase of the transparency in the exercise of public dignities and public functions, as well as the intensification of the anti-corruption measures, published in the Official Monitor no.365 from 27th of April 2004.

[5] Law no. 115/1996[5] for the declaration and control of the assets of the officials, magistrates, public clerks and certain people with managing positions, published in the Official Monitor no.263 from 28th of October 1996.

about them; dilapidation; abusive behavior; abuse at work; negligence at work; the conflict of interests; embezzlement, etc.

By the Law no.161/2003[6] regarding several measures to ensure the transparency in the exercise of the public dignities, public functions and in the business environment, the prevention and the punishment of the corruption are included in one of the most modern regulatory systems of the regime of the incompatibility and the conflict of interests within the European countries.

Regarding the executive, the Law 161/2003 amends Law 115/1999[7] concerning the ministerial responsibility, allowing each citizen to address to the Prime Minister, the General Prosecutor of the Prosecutor's Office attached to the High Court of Cassation and Justice or the Chief Prosecutor of the National Anticorruption Directorate, if he is aware of any criminal act performed by the members of the Government in the exercise of their function, with a view to refer them to the President of Romania. The latter decides upon the report presented by the Special Commission of Investigation and orders the communication of the resolution to the mass-media.

This amendment improves the access of the citizens to the fight against corruption and stimulates their participation to unveil the eventual acts of corruption. Especially, it gives the civil society, mass-media, the capability to get involved effectively in the fight against the corruption acts and the people involved.

At the same time, *Law 161/2003 modified Law 78/2000 for the prevention, discovery and punishment of the corruption acts*, by including new corruption infractions directed to the European funds, regarding especially their improper usage.

On the other side, the law extends the jurisdiction of the corruption acts to managers, directors, auditors, controllers, administrators to any state or privately owned company, to the Romanian officials that perform their activities in international organizations, in Romania or abroad, as well as to the foreign clerks that perform their activity in Romania. Thus, the law extends the concept of corruption to certain clerks from the private domain, according to the international practice.

Law 161/2003 brings important amendments to Law 115/1996 for the declaration and the control of the assets of officials, magistrates, people with managing and control positions and the public clerks, respectively it renders mandatory the publication of the declarations of assets of the government members on the website of the respective institution or in the Official Monitor, Part III. Also, the conclusions of the Control Commission, after the investigations, or after case, the final decisions of the instances in cases of unjustified differences of assets, are published in the Official Monitor, Part III.

This measure has the purpose to ensure a mandatory transparency of the assets of the officials, which will enable a better information of the public regarding the people leading or representing them, so an empowering of the citizens in the relationship with the state and its representatives, under the obvious condition that the latter use this right properly.

The initial form of the law was lacking several elements, as it required the declaration of the deposits or the receivables surpassing 10.000 euros. It was modified in a positive way

[6] Law no. 161/2003 regarding several measures to ensure the transparency in the exercise of the public dignities, public functions and in the business environment, the prevention and the punishment of the corruption (Modified by O.U.G. no. 40/2003, O.U.G. no. 77/2003, O.U.G. no. 92/2004, Law no. 171/2004, Law no. 96/2006, O.U.G. no. 31/2006, Law no. 251/2006 ,Ordinance no. 2/2006, O.U.G. no. 119/2006, Law no. 144/2007, Law no. 359/2004, O.U.G. no. 14/2005, Law no. 330/2009, Law no. 284/2010, O.U.G. no. 37/2011)

[7] Law 115/1999 regarding the ministerial responsibility, republished in 2007, published in the Official Monitor Part I no. 200 from 23rd of March 2007.

by the Emergency Ordinance no.40 from 2003[8] which modifies the regulation referring to the quantum, and thus obliging the Parliament members to declare „the quantum of deposits and foreign currency or national currency accounts, in the country or abroad, whose total value surpasses the equivalent of 10.000 euros"

Regarding the *conflict of interests* for the public clerks, we need to highlight the following aspects:

The definition of the legal concept of conflict of interests is limited or incomplete, because it is reduced only to the material aspects that could affect the clerk or official's decision. However, there are also personal interests of a non-material nature that could affect the objectiveness of his decision, which will not enter the „conflict of interests" category. Also, law limits itself to the immediate interests of the official or the clerk, overlooking the interests of his relatives. The definition was thus limiting, both from the quality and quantity point of view. From the quantity perspective, it does not cover the case when relatives of people close to the clerk could have interests related to his public activity and thus, could determine an alteration of the public decisions, according to their purposes. Form the quality perspective, the definition does not include the non-material interests of the clerk, which can also determine the public decisions making.

Regarding the eventual conflicts of interests of the Government members, or other members of the local and central administration, the law gives the right to any citizen to notify the Prime Minister of any such situation. Subsequently, the citizen will receive a written notification about the resolution of the complaint regarding the existence of a conflict of interests within the Government or the central or local administration.

According to art. 72 from the law, the members of the Government, state secretaries and sub-secretaries, prefects and sub-prefects are required to refrain from issuing administrative acts or concluding acts or even take part to a decision in exercising the public authority function, that bring them, their spouse or first degree relatives material advantages

The provision does not totally follow the recommendation of the European Council (2000) because it stops the incompatibility regarding the issue of administrative acts or conclusion of legal acts to first degree relatives, while the aforementioned European provision refers to family members in general.

Hence, second degree relatives are not excluded from the category of persons in whose advantage certain administrative acts or contracts could be issued or concluded, although they could have a major influence on the respective clerk.

The issue of normative acts is an exception from this rule[9].

Apparently, the exception avoids the situation when a clerk or an official cannot adopt certain normative acts due to the incompatibility generated by the inclusion of his relatives in the category of subjects of that law, and who could possibly benefit from its provisions. However, the law omits the situations when the official who has the authority to issue normative acts avails himself from the exception only in the situation when he or a close person has an advantage from it. Hence, the theory generic purpose of the law would submit itself to certain private interests, damaging the law's reason to exist.

Thus, the logical question to ask from this mix between rule and exception is: which public interest is more important, the one for which the exception was enabled or the one who owns the rule? The law does not clarify such hypothetical situation and does not find it

[8] The Emergency Ordinance no 40/2003 for the modification of Law no. 161/2003 regarding several measures to ensure the transparency in the exercise of the public dignities, public functions and in the business environment, the prevention and punishment of corruption, published in the Official Monitor no. 378 from 2nd of June 2003.

[9] Art.72 align.2 from Law no.161/2003.

necessary to ask imperatively a required transparency of the situations that call the implementation of the exception.

There are no provisions regarding the random or systematic monitoring of the eventual conflicts of interests. The control procedure is triggered only based on a notification from a third party.

The situation is similar to the one regarding the monitoring process of the truthfulness of the declarations of assets.

An important provision is the one included in art. 75[10], which gives the right to any person that considers himself a victim in a right or legitimate interest case to address to the court, duet to the existence of a conflict of interests.

This right will give the citizen the power to fight against the situation of abuse from the administration, under the condition to be sufficiently informed about this and to act according to his right.

Regarding the incompatibility, the members of the government, secretaries and sub-secretaries are incompatible with any public or private positions, except the one of member of the Parliament. However, the law provides an exception (art. 82 align. 2) by which the Government can approve their participation as state representatives in the general assembly of the stakeholders or as members in the administrative council of the autonomous administrations, national companies or societies, public institutions or commercial societies, including the banks or other credit institutions, insurance and financial societies, in the cases when a public interest imposes it. Going over the unclear reasons of the implementation of this exception, what we need to mention is the fact that this exception is enabled without guaranties of transparency about its implementation. Thus, it would have been necessary to stipulate very clearly the requirement to make these situations and the reasons behind them public.

The prefects, sub-prefects must abide by the same incompatibility provisions as the members of the Government aforementioned.

All the officials must declare – in the moment when take over the public function – that they respect the incompatibility provisions.

In conclusion, regarding the executive, Law 161/2003 – despite bringing obvious improvements to the previous frame – contains many omissions and unclear provisions, which create room for corruption. For these reasons, the „Executive" pylon presents itself as a partially unprotected entity from the risks of corruption, especially to high and very high level.

Regarding the Justice, the law details the categories of incompatibilities addressed to the magistrates, adding a bit of precision compared to the prior regulations, provided in Law 92/1992[11]. Thus, the magistrates are forbidden to[12] :

• perform arbitrary activities in civil, commercial or other litigations;

• have the position of associate, member in the managing bodies, administration or control of civil societies, commercial societies, including banks or other credit institutions, insurance or financial societies, national companies, national societies or autonomous administrations;

• perform commercial activities directly or through other people;

• be a member of an economic interest group.

[10] Art.75 from Law no.161/2003.

[11]Law no.92/1992 for the judicial organization, republished in the Official Monitor no.259 from 30th of September 1997.

[12] Art.102 from Law no. 161/2003.

The detailing of the magistrates' incompatibilities represents a positive topic of this regulation, although such incompatibilities were generically provided in the old legislation. Moreover, they were not considered an issue in the reports of the European Commission.

The law expressly stipulates[13] the obligation of the magistrates of not subordinating to the purposes and political ideologies, which was only implied in the old law.

At the same time, the obligation of the magistrates is imposed of reporting any breach in the political or economic act of justice, by a natural or legal entity or a group of persons[14].

These two requirements, together with disciplinary sanctions for failing to complying with them, are an important step towards ensuring the independence of the magistrates' decisions. However, it is worth noticing the attempt to ensure the independence of the magistrates by taking them from under the guardianship of the executive, which had been requested for years by the progress reports of the European Commission. This can only be achieved through a fundamental law change, which is already projected and which will modify the judges' assignment, promotion, sanction and dismissal procedures.

On the other side, the law improved the necessary legal frame for the prevention and control of the corruption, and the harmonization of the national legislation with the provisions of the Criminal Convention regarding corruption of the European Council, ratified by Romania by Law no. 27/2002 and the Convention regarding the protection of the financial interests if the European Communities and its additional protocols, issues based on article K. 3 from the European Union Treaty.

The law includes dispositions concerning the incrimination of the „influence buyer", the enlargement of the range of people that perform corruption acts, infractions against the financial interests of the European Communities, the increase of the criminal liability limitation periods for the infractions of corruption and against the financial interests of the European Communities and the mandatory foundation of the complete commissions specialized in judging the facts provided in Law no. 78/2000, made out of two judges.

As a conclusion, although Law 161/2003 brings positive modifications concerning the legislature, especially the transparency, it is still marked by omissions and clear, hard to explain exceptions, which does not resolve the issue of the corruption risk within it. Apparently, the law is designed to favor the situation of the Parliament members. Subsequently, the legislature remains, even after this law was enforced, an integrity pylon with an unstable structure.

Corruption must not be regarded as a unique, separate phenomenon, it is in close connection with a series of destructive mechanisms of political, economic, normative and ethic disorder, thus proving itself to be a defiance towards the society.

The analysis of the phenomenon of corruption must be performed from multiple perspectives, not only juridical, but also criminological, sociological and psychological. The corruption appears to be „the behavior that derives from the normal duties of a public function or violates laws against the exercise of certain types of influence: bribery, nepotism, fraudulent misuse of funds".

The corruption begins by hiding or altering the reality in order to obtain results which cannot be obtained by promoting the truth and continues with hiring and promoting relatives, friends, including politically close people.

[13] Art.103 from Law no. 161/2003.
[14] Art.107 from Law no.161/2003.

Bibliography:

Claudia F.Uşvat, ***Infracţiunile de corupţie în contextul reglementărilor europene***, Editura.Universul Juridic, Bucureşti, 2010

Cristi Danieleţ, ***Corupţia şi anticorupţia în sistemul juridic***, Editura.C.H.Beck, Bucureşti, 2009

Elena Cherciu, ***Corupţia, caracteristici şi particularităţi în România***, Editura.Lumina Lex, Bucureşti, 2004

Legea 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea şi sancţionarea faptelor de corupţie publicată Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.219 din 18.mai.2009.

Legea nr. 161 din 19 aprilie 2003, privind unele masuri pentru asigurarea transparentei in exercitarea demnitatilor publice, a functiilor publice si in mediul de afaceri, prevenirea si sanctionarea coruptiei, publicată în Monitorul Oficial nr.279 din 21 aprilie 2003.

PARTICULARITIES OF CIVIL LIABILITY FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE

Iulia Florina Țăpuș, Assist. Prof., PhD, "Spiru Haret" University

Abstract: Major influence on the environment and social economic activities generated the issue of liability and repair environmental damage caused. Repair environmental damage and damage to persons or property caused by the polluted environment, and disaster harmful actions can be done through several legal regimes: environmental liability, tort liability, strict liability laws home, liability for damages caused by defective products . Each of these modes has a number of features with their job requirements and achieving accountability for environmental damage.

Keywords: environmental damage,compensation, tort liability , fault, disorders neighborhood, Civil Liability for committing contraventions and crimes.

Noțiunea de răspundere juridică , întâlnită în toate ramurile de drept, este o instituție care a apătut și a evoluat odată cu societatea omenească, având la bază noțiunea de morală ori de greșeală, sugerând ideea de sancțiune sau de reparație.

Răspunderea civilă reprezintă totalitatea normelor de drept prin care se reglementează obligația persoanei de a repara prejudicul cauzat altuia prin fapta sa ori pentru care este ținut prin lege să garanteze.

Răspunderea civilă are un caracter sancționator și este asigurată de stat prin convingere, dar și prin funcția sa coercitivă. Aceasta acționează în scopul restabilirii situației anterioare, a raporturilor juridice care au fost lezate.

Această formă de răspundere este guvernată de două principii: principiul repararii în integralitate a prejudiciului și principiul reparării în natură a prejudiciului.

Potrivit art. 1386 alin. (1) NCC, repararea prejudiciului se face în natură, prin restabilirea situaţiei anterioare, iar dacă aceasta nu este cu putinţă ori dacă victima nu este interesată de reparaţia în natură, prin plata unei despăgubiri, stabilită prin acordul părţilor sau, în lipsă, prin hotărâre judecătorească

În materia răspunderii civile delictuale, în cele mai multe cazuri, prejudiciul suferit de victima faptei ilicite nu poate fi reparat decât prin echivalent[1]. Cu atât mai mult în dreptul mediului prejudiciul va fi reparat prin echivalent întrucât consecințele negative asupra mediului de cele mai multe ori sunt ireversibile.

Potrivit art. 1382 C.civ., „cei care răspund pentru o faptă prejudiciabilă sunt ţinuţi solidar la reparaţie faţă de cel prejudiciat".

Dar, în legătură cu relația dintre debitori, art. 1383 C.civ. prevede că între cei care răspund solidar, sarcina reparaţiei se împarte proporţional în măsura în care fiecare a participat la cauzarea prejudiciului ori potrivit cu intenţia sau cu gravitatea culpei fiecăruia, dacă această participare nu poate fi stabilită. În cazul în care nici astfel nu se poate împărţi sarcina reparaţiei, fiecare va contribui în mod egal la repararea prejudiciului.

Problema temeiului răspunderii civile a generat controverse[2] legate de răspunderea civilă delictuală bazată pe culpă. În timp, constatându-se că angajarea răspunderii civile

[1] G.Boroi, L.Stănciulescu, *Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod civil*, Ed.Hamangiu,2012 p. 243
[2] E. Lupan, *Tratat de dreptul protecției mediului*, Ed. CH Beck, 2009, p. 253

delictuale nu are aplicabilitate pentru repararea tuturor prejudiciilor produse au fost construite noi teorii pentru explicarea acestei răspunderi, pe alte temeiuri , altele decât culpa.

Astfel, au fost dezvoltate mai multe teorii în încercarea de a explica și accepta răspunderea civilă : teoria răspunderii subiective bazată pe idea de culpă, teoria răspunderii obiective independent de culpă și teoria având la bază un temei mixt.

Legea cadru în dreptul mediului OUG nr. 195/2005 a statuat în art. 95 faptul că răspunderea pentru prejudiciul adus mediului are caracter obiectiv, independent de culpă și numai prin excepție, răspunderea poate fi subiectivă pentru prejudiciile cauzate speciilor protejate și habitatelor naturale.

Putem afirma că în concordanță cu aceste dispoziții, regula în dreptul mediului o constituie răspunderea obiectivă, independent de culpă, și doar în mod excepțional este antrenată răspunderea solidară.

Această regulă are ca scop formarea comportamentului preventiv al persoanelor care desfășoară activități economice și sociale , astfel încât aceștia să ia toate măsurile necesare, cu maximă diligență, pentru a putea preîntâmpina eventualele daune ecologice.

Pentru a putea fi antrenată răspunderea civilă delictuală trebuie îndeplinite patru condiții: existența daunei ecologice, săvârșirea unei fapte ilicite, stabilirea legăturii de cauzalitate dintre aceasta și consecințele dăunătoare produse, precum și vinovăția făptuitorului.

În dreptul civil, prin prejudiciu se înțelege consecința negativă suferită de o persoană ca urmare a faptei ilicite săvârșite de o altă persoană[3]. Potrivit art. 1381 C.civ., orice prejudiciu dă dreptul la reparaţie, drept ce se naşte din ziua cauzării prejudiciului, chiar dacă acest drept nu poate fi valorificat imediat. Totodată, dreptului la reparaţie îi sunt aplicabile, de la data naşterii sale, toate dispoziţiile legale privind executarea, transmisiunea, transformarea şi stingerea obligaţiilor. Răspunderea civilă nu poate fi antrenată decât dacă prin fapta ilicită, s-a cauzat un prejudiciu care trebuie reparat. În absența unui prejudiciu, fapta ilicită este lipsită de orice importanța și efect[4]. Răspunderea civilă poate fi realizată numai prin repararea integrală, în natură sau prin echivalent a prejudiciului produs, iar dreptul victimei la reparaţie depinde de întrunirea condiţiilor răspunderii civile delictuale, care reprezintă temeiul său legal[5].

În dreptul mediului,definirea prejudiciului este esențială tocmai pentru că în funcție de ea urmeaza a fi stabilit ce formă de răspundere intervine, precum și sancțiunile aplicabile. Astfel, dauna ecologică a fost definită ca fiind prejudicial produs naturii sălbatice, res nullus, sau intereselor colectivității prin intermediul mediului receptor(aer,apă,sol) și indifferent dacă a fost sau nu afectat vreun interes uman[6].

Dauna ecologică se referă la acele pagube care constau într-o atingere adusă factorilor de mediu sau componentelor unor sisteme ecologice, care urmează a fi evaluate din punct de vedere economic, respectiv să fie estimate cheltuielile necesare pentru restabilirea echilibrului natural lezat[7] .

Prejudiciul a fost definit și de legea cadru OUG nr.195/2005 în art. art. 2 pct. 52: ,,efectul cuantificabil în cost al daunelor asupra sănătății oamenilor, bunurilor sau mediului, provocat prin poluanți, activități dăunătoare ori dezastre".

[3] G.Boroi, L.Stănciulescu, *op. cit,* p. 239
[4] E. Lupan, *op.cit.*, p. 570
[5] A.Baias, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*. Editia 1, Ed. CH Beck, 2012, p.1124
[6] M.Duțu, *Dreptul mediului*, Ed. 3, CH Beck, 2010, p. 241
[7] L.R. Boilă, *Răspunderea civilă delictuală obiectivă*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 449

Potrivit doctrinei[8], două argumente au fost utilizate pentru a lămuri noțiunea de prejudiciu ecologic. Conform primului argument noțiunea de „daună ecologică“ este fundamentată pe teoria inconvenientelor de vecinătate. Anumite activități perturbă mediul, provocând vătămări inadmisibile ce determină sancționarea acestora , dar și obligația de reparare. Această teorie a mediat trecerea de la noţiunea de vecinătate geografică la cea de vecinătate socială, prin introducerea conceptului de patrimoniu comun. Așadar, prejudiciul ecologic a devenit o lezare a patrimoniului ecologic comun. Dar acest prejudiciu este diferit de pagubele provocate patrimoniilor ecologice individuale, victima fiind colectivitatea deţinătoare a unui patrimoniu distinct de ansamblul patrimoniilor personale ale subiectelor de drept.

Potrivit celui de-al doilea argument, conceptul de daună ecologică este legat de proprietate, în sensul de valoare economică. Se are în vedere pierderea ori deteriorarea unui lucru care are o valoare economică, într-o pierdere de venit ori în alte daune morale, estetice, etc

Aprecierea și evaluarea pagubelor în vederea stabilirii unei indemnizaţii ridică şi alte probleme importante: care este nivelul minim de pagubă care atrage răspunderea, constatarea daunei, în special când este vorba despre efecte pe termen lung, la mare distanţă ori cauzate de actori multipli, şi, în sfârşit, posibila ireversibilitate a prejudiciului. Indiferent de viziunea acceptată, repararea prejudiciului ecologic nu poate fi reparat într-o manieră completă, fie pentru că acesta nu poate fi reparat în natură (atingerile ireversibile ale echilibrului natural), fie că este diluat astfel încât nicio reparaţie nu este posibilă, ori pentru că sursa de poluare este prea imprecisă pentru a identifica autorul[9].

Mai mult, dacă în dreptul civil regula este că repararea prejudiciului trebuie făcută în natură, și numai în subsidiar prin echivalent, în dreptul mediului situația se prezintă invers ,de cele mai multe ori neputând fi posibilă repararea în natură din cauza ireversibilității atingerilor aduse mediului.

Prin fapta ilicită, condiție a răspunderii civile delictuale, se înţelege orice acţiune sau inacţiune prin care, încălcându-se normele dreptului obiectiv, sunt aduse

prejudicii dreptului subiectiv sau chiar interesului ce aparţine unei personae[10].

Faptele care atrag răspunderea pot fi atât fapte ilicite, dar și activități uzuale care pot provoca daune mediului. Pentru săvârșirea de fapte ilicite va fi atrasă răspunderea subiectivă având ca temei vinovăția, în timp ce pentru daunele ecologice provocate prin fapte uzuale, licite, răspunderea va fi una obiectivă întemeiată pe ideea de risc sau garanție.

Dreptul mediului cuprinde o vastitate de reglementări, dispoziții și instrucțiuni tehnico-administrative, iar nerespectarea acestora determină automat stabilirea vinovăției. Noţiunea de vinovăţie include cele două forme, intenţia şi culpa. La aprecierea culpei se are în vedere gradul de diligență care poate fi pretins oricărei personae aflate în situația făptuitorului. Se analizează dacă au fost luate toate măsurile de precauție care ar fi putut preîntâmpina prejudiciul produs. În alin. (2) al art. 1357 NCC., este reglementată răspunderea şi pentru cea mai uşoară culpă, cu referire la acea neglijenţă sau imprudenţă pe care nici persoana cea mai lipsită de dibăcie nu ar fi manifestat-o faţă de interesele personale[11].

Legiuitorul prin dispozițiile art. 1364 NCC a statuat și răspunderea celui care în îndeplinirea unei activităţi impuse ori permise de lege sau ordinul superiorului ar fi putut să îşi dea seama de caracterul ilicit al faptei sale săvârşite în asemenea împrejurări.

[8] M.Duțu, *op. Cit.* p. 241
[9] M.Duțu, *Dreptul mediului, CH Beck,* 2007 p. 259
[10] G.Boroi,*op.cit.* p. 246
[11] A.Baias, *op.cit*.,p.1096

În unanimitate, doctrina[12] a apreciat că îndeplinirea unei îndatoriri prevăzute sau permise de dispoziţiile legale în vigoare, precum şi executarea ordinului dat de o autoritate sunt considerate a fi activități legale, iar prejudiciile care s-ar putea produce în asemenea situaţii nu vor determina angajarea răspunderii delictuale, nefiind îndeplinită condiţia comiterii unei fapte ilicite.

Achiesăm la opinia[13] exprimată în literature de specialitate potrivit căreia art. 1364 NCC nu stabileşte, în mod expres, caracterul ilicit al faptelor săvârşite prin îndeplinirea unei îndatoriri prevăzute ori numai permise de lege sau prin executarea unui ordin. Dispoziția legală menționată se limitează la a preciza doar cazurile în care ar putea fi angajată răspunderea delictuală atunci când făptuitorul putea să își dea seama de caracterul ilicit al faptei sale săvârşite în asemenea împrejurări. Indiscutabil maniera în care legiuitorul a înțeles să reglementeze două categorii de situaţii vădit distincte va genera o serie de controverse legate de atitudinea subiectivă a autorului faptelor şi de caracterul licit sau illicit al faptei comise în aceste împrejurări.

În situația în care în vederea îndeplinirii unor îndatoriri prevăzute sau doar permise de lege sunt săvârşite fapte cu vinovăție şi se produc prejudicii, acestea ar putea avea caracter ilicit , cu consecința atragerii răspunderii civile delictuale. Și în cazul executării unui ordin, fapta ar putea fi ilicită dacă că ordinul a avut un caracter vădit ilegal ori dacă modul de executare a fost defectus, fiind produs cu vinovăţie un prejudiciu .

În scopul protejării mediului, au fost reglementate prescripții tot mai stricte, vizând în special activitățile desfăşurate de profesionişti, urmărindu-se antrenarea răspunderii acestora întemeiată pe vinovăție .Astfel răspunderea bazată pe vinovăție a devenit tot mai greu de diferențiat de regimul răspunderii independent de culpă.

Dispozițiile art. 1376 NCC prevăd faptul că oricine este obligat să repare, independent de orice culpă, prejudicial cauzat de lucrul aflat sub paza sa. Și această prevedere a dat naştere unor păreri diferite referitoare la aplicabilitatea acestor dispoziții şi daunelor de mediu. Într-o primă opinie [14] fac excepție de la aplicarea dispoziţiilor art. 1376 NCC daunele ecologice cauzate de anumite categorii de lucruri pentru care există dispoziţii cu un caracter special. Potrivit unei alte concepții[15] , la care achiesăm, aceste dispoziții se aplică şi prejudiciilor ecologice aduse sănătății oamenilor şi bunurilor, care nu sunt supuse reglementărilor speciale şi se referă strict la răspunderea de mediu.

Concluzionând, antrenarea răspunderii poluatorului are ca temei producerea unor daune ecologice, indiferent de atitudinea sa psihică faţă de faptă şi urmările ei, de caracterul său direct sau indirect. Aceasta întrucât se urmărește repararea integrală pe cât posibila prejudiciului cauzat victimei[16] .

Referitor la raportul de cauzalitate faptă-prejudiciu, s-a afirmatcă acesta este mai greu de dovedit raportat la dreptul civil întrucât fie prejudicial este rezultatul mai multor cauze ce au acționat concomitant ori succesiv, direct sau indirect[17], fie acțiunea cauzelor legată de o multitudine de condiții care pot întârzia sau accelera[18], diminua sau amplifica producerea efectului negative.

12 M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, p. 156-158; L. Pop, *Teoria obligaţiilor*, 2000, p. 364-365; C. Stătescu, C. Bîrsan, *Teoria generala a obligatiilor*, 2002, p. 190
13 A.Baias,*op.cit.*, p.1101
14 *Ibidem*, p.1116
15 M.Duțu, *Introducere în dreptul penal al mediului*, Ed. Hamangiu, 2013, p. 107
16 L.R. Boilă, op.cit., p. 451
17 A Duşcă, *Dreptul mediului*, Ed. Universul Juridic, 2009, p. 253
18 C.Ene, *Dreptul mediului*, CH Beck, 2011, p. 166

Dacă prejudicial este provocat prin faptele mai multor personae , nu se cere ca persoanele să-şi recunoască reciproc faptele şi nici să fie simultane, fiind suficient ca toate faptele să constituie un tot unitar care să fie cauza provocării daunei[19]. Însă, cum răspunderea este solidară, pluralitatea făptuitorilor, nu înseamnă că nu se poate cere repararea în integralitate doar unuia dintre autori[20].

Însă răspunderea civilă, din culpă sau nu, nu este antrenată din oficiu, ci numai la solicitarea titularului dreptului lezat. Prsoanele îndreptățite să solicite repararea prejudiciului pot fi împărțite în trei categorii[21]:personae care invocă o vătămare a integrității fizice, personae care reclamă vătămarea unui interes cu valoare economic și persoane care acționează în scopul apărării unor elemente de mediu.

Sub aspectul termenului de prescripție, dreptul la acţiunea pentru repararea daunei ecologice se prescrie în termen de 10 ani, care începe să curgă de la data când păgubitul a cunoscut sau trebuia să cunoască atât paguba, cât şi pe cel care răspunde de ea.

Concluzionând, alegerea temeiului răspunderii revine victimei care va aprecia calea procedural cea mai potrivită dintre posibilitățile oferite de legiuitor. Fiecare dintre acestea presupune reguli proprii de angajare.

În acest domeniu este vital să se urmărească și să se realizeze o reparare integral și efectivă a prejudiciului tocmai în considerarea consecințelor pe care le pot provoca daunele ecologice.

„Dauna provocată mediului, tuturor deci, este și una cauzată persoanei, pentru că mediul aparține deopotrivă la toți și fiecăruia dintre noi”[22].

BIBLIOGRAFIE:

1. A Dușcă, Dreptul mediului, Ed. Universul Juridic, 2009
2. A.Baias, Noul Cod civil. Comentariu pe articole. Editia 1, Ed. CH Beck, 2012
3. C. Stătescu, C. Bîrsan, Teoria generala a obligatiilor, Hamangiu, 2008
4. C.Ene, Dreptul mediului, CH Beck, 2011
5. E. Lupan, Tratat de dreptul protecției mediului, Ed. CH Beck, 2009,
6. G.Boroi, L.Stănciulescu, Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod civil, Ed.Hamangiu,2012
7. L. Pop, Teoria generala a obligatiilor, Editura Lumina Lex, Bucuresti, 2000
8. L.R. Boilă, Răspunderea civilă delictuală obiectivă, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008
9. M. Eliescu, Răspunderea civilă delictuală
10. M.Duțu, Dreptul mediului, CH Beck, 2007
11. M.Duțu, Dreptul mediului, Ed. 3, CH Beck, 2010
12. M.Duțu, Introducere în dreptul penal al mediului, Ed. Hamangiu, 2013

[19] *Ibidem*
[20] M. Duțu, *op. Cit.* , p. 244
[21] *Ibidem*, p. 245
[22] M .Duțu, ,*op. cit*, p. 91

UNFAIR COMPETITION OFFENCE IN VIEW OF THE LAST CHANGES BROUGHT TO THE LAW NO. 11/1991 ON FIGHTING AGAINST UNFAIR COMPETITION, LAW ENTERED INTO FORCE ON AUGUST 9TH, 2014

Oana Gălăţeanu, Assist. Prof., PhD, "Dunărea de Jos" University of Galați

Abstract: Honest competition, as a "fight" between traders, must be done with complying with the honest customs and with good faith principle. In other words, it must be complied with the fact that removing the adversary competing on the market must be done also through legal means, that brings to the clientele advantages related to modernization, utility, quality, price. Due to this, it is expressly provided in the Romanian Constitution (in art. 135 para (2) letter a)) that the Romanian state has the obligation to ensure the protection of fair competition. This fact is achieved both through the legal regulating of the competition activity and through sanctioning those that prejudice the competition through anti-competition practices and unfair competition deeds. Accordingly, unfair competition is sanctioned through special law no. 11/1991 regarding fighting against it which, during time, has suffered changes generated by the evolution status of the society and of the Romanian economy. The last changes occurred in 2014 and entered into force on August 9th, 2014. These changes deal both with unfair competition contraventional and criminal forms. In this study we referred to the latter, performing an analysis of the unfair competition offence from the point of view of the actual form of the law on fighting against unfair competition.

Keywords: competition, trader, offence, action, sanction.

I. Potrivit Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenţei neloiale, modificată prin Ordonanţa de Guvern nr. 12/2014 şi intrată în vigoare în 9.08.2014, constituie infracţiune , conform art.5 alin.(1):

a." folosirea unei firme, embleme sau a unui ambalaj de natură să producă confuzie cu cele folosite legitim de alt comerciant

b. folosirea în scop comercial a rezultatelor unor experimentări sau a altor informaţii confidenţiale în legătură cu acestea, transmise autorităţilor competente în scopul obţinerii autorizaţiilor de comercializare a produselor farmaceutice ori a produselor chimice destinate agriculturii, care conţin compuşi chimici noi

c. divulgarea, achiziţionarea sau utilizarea secretului comercial de către terţi, ca rezultat al unei acţiuni de spionaj comercial, dacă prin aceasta sunt afectate interesele sau activitatea unei persoane juridice

d. divulgarea sau folosirea secretelor comerciale de către persoane împuternicite de deţinătorii legitimi ai acestor secrete pentru a-I reprezenta în faţa autorităţilor publice ori a instituţiilor publice, dacă prin aceasta sunt afectate interesele sau activitatea unei persoane juridice

e. folosirea de către o persoană dintre cele prevăzute la art. 175 alin. (1) din Codul penal a secretelor comerciale de care a luat cunoştinţă în exercitarea atribuţiilor de serviciu, dacă prin aceasta sunt afectate interesele sau activitatea unei persoane juridice.

f. producerea în orice mod, importul, exportul, depozitarea, oferirea spre vânzare ori vânzarea unor mărfuri sau servicii purtând menţiuni false privind brevetele de invenţii, brevetele pentru soiuri de plante, mărcile, indicaţiile geografice, desenele ori modelele

industriale , topografiile de produse semiconductoare, alte tipuri de proprietate intelectuală, cum ar fi aspectul exterior al firmei, designul vitrinelor sau cel vestimentar al personalului, mijloacele publicitare şi altele asemenea, originea şi caracteristicile mărfurilor, precum şi cu privire la numele producătorului sau comerciantului , în scopul de a-I induce în eroare pe comercianţi şi pe beneficiari".

Potrivit prevederilor alin. (2) al aceluiaşi articol din lege, prin menţiuni false privind originea mărfurilor, în sensul alin. (1) lit. f, se înţeleg orice indicaţii de natură a face să se creadă că mărfurile au fost produse într-o altă localitate , într-un anumit teritoriu sau într-un anumit stat. Nu se socoteşte menţiune falsă privind originea mărfurilor denumirea unui produs al cărui nume a devenit generic şi indică în comerţ numai natura lui, în afară de cazul în care denumirea este însoţită de o menţiune care ar putea face să se creadă că are acea origine.

Infracţiunea de concurenţă neloială este sancţionată cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă, conform art. 5 alin. (1) al Legii privind combaterea concurenţei neloiale aşa cum a fost ea modificată.

Potrivit noilor prevederi referitoare la concurenţa neloială, în sensul legii, constituie concurenţă neloială, potrivit art. 2 alin. (2) din lege, "practicile comerciale ale intreprinderii care contravin uzanţelor cinstite şi principiului general al bunei-credinţe şi care produc sau pot produce pagube oricăror participanţi la piaţă". Prin "participanţi la piaţă" , tot potrivit noilor dispoziţii legale, se înţeleg întreprinderile şi consumatorii (art. 1lit.h) aşa cum sunt definite în cele două legi speciale- Legea concurenţei nr. 21/1996(ce defineşte noţiunea de intreprindere) şi Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianţilor în relaţia cu consumatorii şi armonizarea reglementărilor cu legislaţia europeană privind protecţia consumatorilor, cu modificările ulterioare.

II. În cele ce urmează vom analiza infracţiunea de concurenţă neloială.

Obiectul juridic:

Obiectul juridic al infracţiunii de concurenţă neloială e reprezentat de relaţiile sociale referitoare la activitatea de producere şi comercializare a bunurilor, activitate realizată în conformitate cu prevederile legale, potrivit uzanţelor cinstite şi cu respectarea principiului general al bunei credinţe. Aceste relaţii sunt ocrotite de legea privind combaterea concurenţei neloiale prin interzicerea oricăror fapte prohibite de lege sau care contravin bunelor moravuri ori obligaţiilor profesionale în domeniu.

Obiectul juridic special al infracţiunii de concurenţă neloială e format din relaţiile sociale care apără dreptul comercianţilor la o concurenţă loială care interzice : folosirea unei firme , embleme sau ambalaj de natură să producă confuzie cu cele folosite de alt comerciant în mod legitim , folosirea în scop comercial a rezultatelor unor experimentări ori a altor informaţii confidenţiale în legătură cu acestea, transmise autorităţilor competente cu un scop anume prevăzut de lege , divulgarea ori folosirea secretelor comerciale de persoane împuternicite de deţinătorii legitimi ai acestor secrete pentru a-i reprezenta în faţa autorităţilor sau instituţiilor publice , dacă astfel sunt afectate interesele sau activitatea unei persoane juridice, divulgarea, achizitionarea sau utilizarea secretului comercial sau industrial de către terţi, ca rezultat al unei acţiuni de spionaj comercial ori industrial, dacă prin aceasta sunt afectate interesele sau activitatea unei persoane juridice, …

Infracţiunea privind concurenţa neloială are şi un obiect juridic secundar ce constă în garantarea intereselor economice ale producătorilor/ participanţilor şi beneficiarilor/ consumatorilor.

Obiectul material

Această infracţiune poate avea şi un obiect material, reprezentat de mărfuri produse, importate, depozitate, oferite spre vânzare sau vândute care poartă denumiri de origine sau menţiuni referitoare la proveniență false. Produsul ce reprezintă obiectul material al infracţiunii de concurenţă neloială poate fi de natură industrială ori agricolă şi poate fi supus unor operaţiuni de prelucrare, sau poate fi un produs natural.

Este necesar , pentru a face obiectul material al unei infracţiuni de concurenţă neloială, ca mărfurile să fie asemănătoare ori chiar identice cu mărfurile/produsele originale. Acestea din urmă deţin o marcă, menţiuni referitoare la brevete de invenţii în temeiul cărora s-au realizat, brevete pentru soiuri de plante, numele unei firme care îl produce, o emblemă, un ambalaj propriu în care sunt comercializate .

Marca reprezintă un element de identificare a unui produs şi o siguranţă a calităţii acestuia, ce-I dă consumatorului garanţia că el cumpără sau utilizează acel produs pe care şi-l doreşte.

Firma reprezintă numele ori denumirea sub care îşi desfăşoară activitatea un comerciant şi prin care se deosebeşte de ceilalţi comercianţi ce fabrică ori comercializează servicii sau produse asemănătoare ori identice.

Ambalajul are scopul de a împacheta marfa pentru a fi transportată şi prezentată publicului.

Obiectul material poate fi constituit şi din înscrisurile, documentele sau imprimatele care poartă în mod ilicit numele unui producător ori comerciant . Când numele sau denumirea este imprimată sau denumirea se află chiar pe produs se apreciază că, şi în atare situaţie, acestea constituie obiectul material al infracţiunii.

Subiectul activ al infracţiunii de concurenţă neloială

De regulă infracţiunile de concurenţă neloială sunt comise de persoane care desfăşoară activităţi de producere, comercializare a unor produse farmaceutice, chimice, agricole, import, export ori depozitare a unor asemenea produse. Cu alte cuvinte, comit astfel de fapte persoane angajate de comercianţi în intreprinderi.

Este lipsit de importanţă aspectul că fapta sancţionabilă este săvârşită de un cetăţean român, unul străin ori de o persoană fără cetăţenie, atât timp cât urmările ei se produc pe teritoriul ţării noastre.

Subectul activ al acestei infracţiuni poate fi , după caz :

- Un comerciant, pentru formele infracţionale prevăzute în art.5 literele a,b,f
- Un terţ, potrivit prevederilor art. 5 lit.c
- Persoanele împuternicite de deţinătorii legitimi ale anumitor secrete comerciale, în cazul sancţionat în art. 5 lit.d
- Un funcţionar public , aşa cum e el definit în art. 175 alin.(1) Cod penal, în situaţia formelor infracţionale prevăzute la art.5 lit.e din legea privind combaterea concurenţei neloiale.

In cazul infracţiunii de concurenţă neloială participaţia este posibilă în toate formele sale, legea neprevăzând condiţii speciale pentru instigator ori complice.

Subiectul pasiv principal al acestei infracţiuni este reprezentat de un comerciant / persoana juridică care a fost păgubit/păgubită în interesele sale prin actul concret de concurenţă neloială.

Subiectul pasiv secundar ar putea fi consumatorul sau beneficiarul produsului ori serviciului raportat la care s-a săvârşit infracţiunea de concurenţă neloială.

Tot subiect pasiv este şi statul român care este cel ce organizează şi conduce economia la nivel naţional.

Latura obiectivă

Infracţiunea la care ne referim nu poate fi comisă , evident, decât în măsura în care există deja, anterior comiterii ei, anumite produse ce au denumiri de origine ori indicaţii de proveniență reale , adevărate ori pe care sunt precizate brevete de invenţii sau nume comerciale ori denumirea unor organizaţii de comerţ ori industrie. Aceste produse cu menţiuni reale, adevărate, constituie obiectul unei situaţii premise. Practic, infracţiunea de concurenţă neloială include în structură această situaţie premisă alături de latura obiectivă şi de cea subiectivă a faptei prin care se materializează o astfel de infracţiune .

In mod frecvent faptele de concurenţă neloială sunt săvârşite prin producerea unei confuzii la nivelul clientelei ; mijlocul cel mai des folosit până în prezent pentru acesta este folosirea de semne distinctive similare ori identice, nume comerciale, mărci, embleme.

Infracţiunea de concurenţă neloială poate fi comisă prin una dintre acele acţiuni alternative pe care legea le prezintă, respectiv prin : activitatea de "folosire", "producere în orice mod, importul, exportul, depozitarea, oferirea spre vânzare ori vânzarea unor mărfuri/servicii purtând menţiuni false", "divulgarea" sau folosirea secretelor comerciale de persoane împuternicite de deţinătorii legitimi ai acestor secrete pentru un anumit scop prevăzut de lege, dacă prin aceasta sunt afectate interesele ori activitatea unei persoane juridice, etc.

Comiterea oricăreia dintre acţiunile prevăzute în art. 5 lit. a-f din actuala Lege nr. 11/1991 modificată, constituie elemente materiale ale laturii obiective a infracţiunii. Pentru realizarea infracţiunii este suficientă executarea doar a uneia dintre acţiunile prezentate în textul de lege menţionat. Infracţiunea se consumă prin comiterea uneia dintre acţiunile respective. In situaţia în care aceeaşi persoană produce şi ulterior fapte asemănătoare, de exemplu, vinde, în condiţiile prevăzute în lege, vom fi în prezenţa , după caz, a unei singure infracţiuni în formă continuată, ori a unui concurs de infracţiuni de concurenţă neloială, funcţie de existenţa unei singure rezoluţii infracţionale ori a două sau mai multe succesive.

Urmarea imediată

In cazul infracţiunii de concurenţă neloială se produce o stare de pericol pentru interesele economice ale producătorilor şi comercianţilor ale căror interese au fost lezate prin respectiva faptă ori beneficiarilor. De altfel, textul de lege prevede, e adevărat nu în toate dintre cele şase forme prezentate, însă în majoritatea lor (literele a,d,e) producerea ca rezultat a afectării intereselor sau activităţilor unor persoane juridice. Pentru alte forme este suficientă doar crearea unei stări de pericol pentru comercianţii concurenţi ori pentru consumatori.

Legătura de cauzalitate

Aşa cum se deduce şi din textul legal de incriminare, trebuie să existe o legătură de cauză-efect între acţiunea incriminată şi urmarea imediată , iar această legătură rezultă din chiar materialitatea faptei săvârşite.

Consumarea infracţiunii se realizează în momentul în care oricare dintre acţiunile incriminate este efectuată. Fapta se consideră săvârşită în momentul în care oricare dintre acţiunile prevăzute de lege s-a materializat, independent de existenţa sau nu a rezultatului păgubitor ca urmare a ei, în unele dintre acestea (de exemplu în formele infracţionale prevăzute la art. 5 lit. a, b,f).

Unele dintre formele infracţiuinii de concurenţă neloială se pot săvârşi şi în formă continuată, cum ar fi cazul prevăzut la litera f ce vizează "producerea în orice mod, oferirea spre vânzare ori vânzarea unor mărfuri sau servicii purtând menţiuni false(...)".

Tentativa nu este sancţionată de legiuitor la această infracţiune, deşi ea este posibilă.

Latura subiectivă

Infracţiunea de concurenţă neloială e săvârşită , sub aspect subiectiv, cu intenţie determinată prin scopul urmărit. Ea poate fi materializată în ambele forme ale ei, respectiv poate fi directă sau indirectă deşi, apreciem, că mai rar poate fi vorba de o intenţie indirectă, având în vedere că acei care comit asemenea fapte urmăresc dobândirea unei clientele cât mai numeroase, fapt ce poate fi obţinut, evident, în detrimentul altor comercianţi concurenţi şi prin afectarea activităţii şi intereselor lor.

III. În ceea ce priveşte procedura de sancţionare a infracţiunilor de concurenţă neloială, şi aceasta este prevăzută în legea de combatere a concurenţei neloiale , aşa cum a fost ea modificată.

In cazul comiteerii unei infracţiuni de concurenţă neloială, sancţiunea penală ce poate fi aplicată este pedeapsa închisorii în limitele prevăzute de lege(de la 3 luni la 2 ani) alternativă cu pedeapsa amenzii penale. Legiuitorul prin actuala prevedere legală a modificat şi cuantumul pedepsei aplicabile acestor infracţiuni, în sensul că anterior modificărilor intervenite în luna augus a acestui an, pedeapsa prevăzută era cea a închisorii, dar în limite de la 6 luni la 2 ani, alternativă cu amenda de la 2.500 la 5000lei. Se poate constata că în prezent a scăzut limita minimă a pedepsei închisorii pe care organele în drept o pot dispune.

Acţiunea penală pentru aceste infracţiuni se pune în mişcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate, la sesizarea Camerei de comerţ şi industrie teritorială ori a altei organizaţii profesionale ori la sesizarea persoanelor împuternicite a o face de către Consiliul Concurenţei , aşa cum se prevede în art. 8 al Legii nr. 11/1991aşa cum este în vigoare în prezent.

Anterior legiuitorul prevedea ca acţiunea penală să poată fi pusă în mişcare la plângerea persoanei vătămate ca formă de sesizare prevăzută în art. 289 al noului Cod de procedură penală, şi nu la plângerea prealabilă , instituţie prevăzută în art. 295 din noul Cod de procedură penală. Procedând astfel, concluzionăm că în prezent legiuitorul a creat posibilitatea împăcării părţilor ori a retragerii plângerii formulate, acţiuni ce anterior nu erau posibile.

Urmărirea penală se efectuează de organele de poliţie iar judecarea cauzei în prima instanţă este de competenţa Tribunalului. Art. 7 alin. 1 din legea nr. 11/1991 modificată prevede că acţiunile ce izvorăsc dintr-un act de concurenţă neloială sunt de competenţa tribunalului locului săvârşirii faptei sau în a cărui rază retitorială se găseşte sediul pârâtului, iar în lipsa unui sediu este competent tribunalul domiciliului pârâtului.

In conformitate cu alin. 2 al art. 7 din legea privind combaterea concurenţei neloiale, la cererea deţinătorului legitim al secretului comercial insanţa poate dispune măsuri de interzicere a exploatării industriale şi/sau comerciale a produselor rezultate din însuşirea ilicită a secretului comercial sau distrugerea acestor produse . Interdicţia încetează atunci când informaţia protejată a devenit publică.

BIBLIOGRAFIE

I. Carti

1. Al. Boroi, I. Molnar, C.Voicu, Fl. Sandu, Drept penal al afacerilor, Ed. Roserti, Bucureşti 2002

2. Dorin Ciuncan, Dreptul penal al afacerilor, Universul Juridic, Bucureşti, 2012

3. Aurelia Cotuţiu, Georgeta Valeria Sabău, Drept român şi comunitar al concurenţei, Ed.C.H.Beck, Bucureşti, 2008

II. Legislatie

Legea 11/1991 privind combaterea concurenţei neloiale în forma actuală şi în forma anterioară ultimelor modificări aduse acesteia.

CONFLICTING NORMS REGARDING INHERITANCE

Alexandra Crişan, Legal Adviser

Abstract: To the notion of inheritance or succession it is confered in doctrine and in practice a wide meaning, in the sense that it designates any kind of transmission of rights, as well between the living but as well as for a death cause, a transmission that can be universal, with universal title or with a particular title. The rules that govern the inharitence can be applied only in the case of the death of a natural person, not in the case of ceasing of a juridical person.

Keywords: conflictual norm, legal inheritance, testamentary inheritance, movable property, immovable assets.

Chapter 1 Introductory notions on the heritage

1.1 Inheritance – theory

In common language, by succession, we can understand a set of persons, facts or phenomena. However, legally speaking, by hereditament, heritage or heredity (which are notions alike), we can understand the transfer of patrimony, of a part of patrimony or of singular assets from a deceased individual or one or several individual who are alive (individual, legal entities or the State).

In the technical specialized language, the deceased person, the defunct, is also called *de cujus*, abbreviation from the formula of Roman law *is de cujus succesionis (rebus) agitur* (the one whose heritage / assets we are talking about). It is improper to talk about the "death of the defunct" (art. 653 Civil Code) or the "homicide of the defunct" (art. 655 Civil Code). Sometimes the term "author" is also used (e.g., the joint author of the co-heirs), and in case of the testamentary succession, that of the "testator".

The individuals that attain the patrimony of the defunct are called heirs, devisees or successors, and Romanian Civil Code frequently uses the bookish term "erede", "erezi", "coerezi"[1] (e.g., art. 692, 693, 696, 699, 701, 703, 704, 707-714 etc.). In case of the testamentary succession, the acquirer is specifically called legatee (universal legatees, with universal or particular title, as the case may be).

Within the right of heritage, the notion of "hereditament" is used only in case of transfer of the patrimony of an individual – deceased to one or several individuals – who are alive, but also to the patrimony transferred due to the death, meaning estate of the deceased person. In this regard, we are talking about the heritage (hereditament) left by the deceased person, by the heritage acquired by the heirs, of the dormant heritage or hereditament (*hereditas iacens*), meaning without a owner (*hereditas caduca*).

1.2. Types of heritage

In line with art. 650 Civil Code "the hereditament is naturally considered or by the law, or according to the people's will, by will." Therefore, depending on the source of the

[1] After the Latin substantive *heres,-edis*=heir.

hereditament vocation of the persons acquiring the patrimony of the deceased person, the heritage can be legal or testamentary.[2]

A. The heritage is *legal* when it refers to the order and shares determined by the law, of the persons determined as part of one of the classes of heirs provided by the Civil Code and Law no. 319/1994. Legal heritage occurs only in case and if the deceased person did not established by his will of his patrimony for the cause of death or the will cannot produce its effects in full or in part, or the will comprises other provisions than those related to the transfer of the assets of the deceased person, as, for example, recognition of a child, provisions related to the funerals[3] etc.

The will can also comprise provisions related to elimination of certain relatives from the hereditament. In this case, if the person eliminated is a forced heir, he receives his portion as a legal heir, as the other heirs that benefit of the heritance shall received their share in compliance with the law, therefore, as legal heirs. In other words, the heritage is legal as the assets of the deceased person are transferred in compliance with the law, in the order and quotas determined by the law, the heirs being able to justify their right by invoking the appropriate legal texts. In case of testamentary parental partition *inter vivos* (art. 794-799 Civil Code), the heirs that choose this partition have the right to this heritage in compliance with the law, even if the shares resulting from this partition would not exactly be the same as the shares determined by the law, being however observed the "legitimate share" of each of them (art. 798 Civil Code), meaning the forced heirship.

The persons acquiring the heritage in compliance with the law are the universal heirs, who are entitled on the whole assets of the deceased person, even if, actually there are several heirs, they benefit only of a part of the heritage. The forced heirship is acquired, in all cases, as a universal right. Therefore, there are no legal heirs that are entitled only on certain assets, taken into account separately (*ut singuli*). In other words, there cannot be any legal heirs, particular heirs[4], only universal heirs.

B. The heritage is *testamentary* in case and if the transfer of the estate of the deceased person takes place in compliance with the will of the person leaving the heritage, expressed by a will.

The will is defined by the doctrine, based on the provisions of art. 802 Civil Code as being the unilateral, personal and solemn juridical deed, mainly revocable during the life of the testator, by which he decides in full or in part of his estate for the time when he ceases to exist[5].

---

[2] In literature, it is also called conventional heritage (see M. Eliescu, *Moştenirea şi devoluţiunea ei în dreptul R.S.R.,* Academiei Publishing House, Bucharest, 1966, p. 20; Fr. Deak, *Tratat de drept succesoral*, ACTAMI Publishing House, Bucharest, 1999, p. 7; E. Safta-Romano, *Dreptul la moştenire*, Graphis Publishing House, Iaşi, 1995, p. 36; D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 1996, p. 4-5). It is about assets donation (also called contractual institution) by which one of the contacting parties promises to transfer after its death to the other party (called institute) the entire heritage, a part of it or defined assets. The contract by which this donation is performed must fulfill all the fond and form requirements necessary of the validation of this donation. The future assets donation is revocable in its essence. For the identification of ratio, future assets do not become unavailable for the donor, who can transfer them freely, at his will, both by onerous or gratuitous juridical deeds. A single restriction is imposed under this aspect, namely, not to affect, by the said deeds of transfer, under gratuitous juridical deeds, the legal reserve of the reserved heirs. As the legal provisions which regulate the conventional succession were canceled when the Family Code entered into force in 1954, the validity of such hereditament was questioned.

[3] See also Al. Bacaci, Gh. Comăniţă, *Drept civil. Succesiuni*, ALL BECK Publishing House, Bucharest, 2003, p. 8.

[4] See also Fr. Deak, work quoted, p. 8.

[5] See also C. Stătescu, *Drept civil. Contractul de transport. Drepturile de creaţie intelectuală. Succesiunile*, Didactica şi Pedagogica Publishing House, Bucharest, 1967, p. 155.

The persons established by the testator to have the right on the heritage are called legatees (heirs). The legatee can be universal, therefore, he has the right on the whole assets of the deceased person, universal, with the right to inherit only a part of the assets of the deceased person, particular, with the right to inherit only a part of the singular assets, certainly determined.

1.3 Co-existence of the legal heritage with the testamentary heritage

The two types of heritage, provided by art. 650 Civil Code do not exclude each other, as a matter of fact, legal heritage can co-exist with the testamentary one. Art. 650 Civil Code ("Hereditament is established by the law or by the will of the person") should not be interpreted to mean that the testamentary heritage excludes the legal one. As it is obvious from the provisions of the Civil Code, our system of law admits – and if there are forced heirs, it is even imposed – the co-existence of the legal heritage with the testamentary one. Therefore, the Romanian Civil Code did not kept the principle from the Roman Law of the incompatibility of the two types of heritage (*nemo partim testatus, partim intestestatus decedere potest*), meaning there is no person that can die having in part a will or in part without a will[6].

In case that the testator has only particular legacies, the assets of the deceased person is transferred, in accordance with the law, to legal heirs, only that they shall have the obligation on the particular heirs to execute the legacy, and if the object of the legacy is a real estate right on a determined individual asset, this right shall be obtained directly from the deceased person and therefore, it shall not be passed to the legal heirs (who obtain the rest of the assets of the deceased person).[7]

Chapter 2 Conflictual norms related to the heritage

In compliance with the provisions of art. 66 of Law no. 105/1992, the heritage (hereditament) is subjected to different laws, depending on its object. Therefore:

- ✓ **Related to the movable assets**, regardless of the place it might be, the heritage is governed by the national law (lex patriae) which the deceased person had at the time of death. In this case, the principle "mobilia sequuntur personam" ("the movable assets follow the person, as we can understand, they belong to that person) is applied.
- ✓ **related to the immovable assets**, the heritage is subjected to the law of the place where each immovable asset in the assets of the deceased person is located (lex rei sitae) .

The general notion, which establishes the law applicable to the heritage is the *lex succesionis.*

The solutions consecrated by art. 66 of Law no. 105/1992 are traditionally in the Roman Law.

The hereditament law, in accordance with the provisions of art. 66 are applicable both to the legal hereditament and the testamentary hereditament. Nevertheless, related to the testamentary hereditament, in art. 68 para. 1 it is specified that the testator can transmit as heritage his assets according to other system of law than that indicated in art. 66, without having the right to eliminate its imperative provisions.

[6] See also M. Eliescu, work quoted, I, p. 53; Al. Bacaci, Gh. Comăniță, work quoted, p. 9.
[7] See also L. B. Ciucă, *Coexistența moștenirii legale cu moștenirea testamentară*, in „Convorbiri juridice", no.4, Juridică Universitară Publishing House, 2012.

Analyzing these provisions it is clearly that the application of those provisions, it results that by the application of the law determined by the provisions of art. 68 are supplementary, in addition to the law indicated by the provisions of art. 66. The capacity of the testator to subject the testamentary heritage to other law than the one indicated in art. 66 is limited, as it cannot supersede the imperative provisions of that law.

In compliance with the provisions of art. 68 para.3, the elaboration, change or evocation of the will are considered as valid if the deed observe the form conditions applicable, either on the date when it was drafted, changed or revoked, or at the date of the testator's death, in accordance with one of the following laws:

- ✓ national law of the testator;
- ✓ the law of his domicile;
- ✓ the law of the place where the deed was elaborated, changed or revoked;
- ✓ the law of the building situation subjected to the will;
- ✓ the law of the institution or the office fulfilling the procedure related to the transfer of the inherited assets.

According to the provisions of art. 67 Law no. 105/1992, the law applicable to the heritage, it is particularly established:

a) the moment when the will is read;
b) the persons that are entitled to the heritage;
c) the qualities required to be a heir;
d) the exercise of the possession on the assets left from the defunct;
e) conditions and effects of the hereditament options;
f) extent of the heirs obligations to pay the passive.

2.1 Opening the probate procedure

According to art. 651 Civil Code – the probate procedure is opened by death, the same effect being produced by the court establishment of the death[8]. "By opening the probate, the juridical effect of transfer is produced. It has a special juridical importance as the heirs, regardless of the fact that they are legal or testamentary heirs, cannot have any right on the assets of the deceased person until the probate procedure is not opened by death, as the patrimony of an individual cannot be transferred and obtained at the decease of the owner. As a matter of fact, before opening the probate, we cannot even talk about heirs or assets of the deceased person, the person alive being the owner of his patrimony, and the heirs are to be established only at the date when the probate procedure is opened."[9]

A person is declared dead in court in accordance with the provisions of the national law of the person considered as dead. Therefore, in accordance with provisions of art. 16 of Law no. 105/1992, conditions, effects and cancelation of a decision acknowledging the death taken into account, the absence or disappearance, and the presumption of survival or death are governed by the last national law of the missing person. If this law cannot be identified, the Roman law is applied.

The probate procedure is not opened in the case court establishment of the disappearance, as the person missing is considered to be alive[10].

The law governing the court establishment of the disappearance or death of a person must not be mistaken with the law governing the competence of the court to establish the measure of disappearance or death presumed of the person. Therefore, in accordance with

[8] Decree no. 31/1954 – art. 18.
[9] L. B. Ciucă *Drept civil. Succesiuni*, Universitara Publishing House, Bucharest, 2010, p.32.
[10] Decree no. 31/1954 – art. 19.

dispositions provided in art. 150 pct.3 of Law no. 105/1992, Romanian courts are competent to judge the declaration of the death presumed of a Romanian citizen, even if that person was abroad when the disappearance occurred. Until the provisional measures are taken by the Romanian courts, the provisional measures taken by the foreign court are valid.

According to provisions of art. 149 para. 1 pct. 1 and 8, Romanian courts of law are also competent to establish the declaration of the disappearance or death or a person that is not a Romanian citizen, if he had his last domicile or residence in our country.

The main coordinates under juridical point of view related to the opening of the probate procedure are the date and place where the probate is opened.

The probate law is applied only for the determination of the date when the probate is opened, not also for the place. Therefore, according to provisions of art. 67 para. a) of Law no. 105/1992 – the law applicable to the heritage determines the moment when the heritage is opened.

The determination of the place where the hereditament is opened is important to determine the notary's offices competent to debate the hereditament as a non-contentious procedure, and to determine the courts of law competent to settle the litigations that might appear related to the heritage. The competence of these offices is determined in accordance with the provisions of the forum law.

Therefore, in accordance with the provisions of art. 10 and art. 68 of Law no. 36/1995 related to public notaries and notary's activity, the notary competence is determined as follows:

- ✓ to debate the hereditament as a non-contentious procedure, the competence lies with the public notary of the notary's office located in the territorial circumscription of the court of law where the deceased had his last domicile;
- ✓ for the hereditament of a person that had not his last domicile within the country, the notary's procedure can be fulfilled by the notary public from the territorial circumscription where the deceased had his most important assets, in terms of their value. The notary's competence is therefore established both for Romanian and foreigner citizens, if they had not their domicile within the country, but they left assets in Romania.

Under the situation that between the heirs there are misunderstandings related the heritage, the notary public notes it in a conclusion and in accordance with the provisions of art. 78 of Law no. 36/1995, he suspends the debates of the probate, prompting the parties to settle their litigation into the courts of law.

For a person to be able to inherit, the Romanian Civil Code provides in art. 654 – 658 two conditions:

a) to have the right to be a heir;
b) not to be unfit to be a heir.

To these two conditions, the juridical literature adds a third condition[11] :

c) vocation (calling) to inheritance.

The right to be a heir presupposes the existence of the rightfully title at the moment when the probate is opened. In accordance with the provisions art. 654 Civil Code, the child conceived is considered as existing; the child still born is considered as not existing.

The probate capacity is subjected to the hereditament law and not to the personal law governing the capacity of the individual, as it is not an issue related to the capacity of exercise.

[11] M. Eliescu, work quoted, p. 65, C. Statescu, C. Barsan, work quoted p.112.

The individual law is applied for the legal presumption of the child conception, to establish when it was conceived as compared to the moment when the probate is opened.

In line with those indicated above, art. 67, para. b and c of Law no. 105/1992 provide that the probate law establishes the persons with the vocation to inherit, and the qualities required to inherit.

The probate law is applied for the comorientes (co-deceased) too, as it is important of the probate capacity. The probate unfitness is governed by the probate law.

The probate law governess:

- ✓ the cases when there is a probate unfitness;
- ✓ situations when the probate unfitness rightfully operates or by virtue of a law resolution;
- ✓ the effects of the probate unfitness – related to the relations between the person that is unfit and the other heirs or between the person that is unfit and his descendants.

According to the provisions of the Romanian civil law, the unfitness cases are: an attempt to take the life of the deceased, capital calumnious accusation addressed to the deceased person, failure to denounce the homicide[12].

The probate vocation is also governed by the probate law[13], as it establishes if a person has the right over the heritage, or by the virtue of the law (legal probate vocation) or by the virtue of the will left by the deceased person (testamentary probate vocation).

2.2 Legal testamentary disposition of the inheritance

The testamentary disposition of the inheritance means to determine the persons having the right to inherit the assets of an individual deceased. The testamentary disposition is legal (in case that the transfer of the probate assets is done in line with the law) or testamentary (in case that the transfer of the probate assets is done based on the will of the person leaving the heritage, expressed by his will).

Related to the legal disposition of the heritage, the probate law regulates the following issues:

- ✓ the persons called to the heritage and the order to call them;
- ✓ the date when the probate is opened;
- ✓ the legal requirements to inherit;
- ✓ probate representation (persons benefiting of representation, conditions and effects of such representation);
- ✓ determination of the probate share, of the probate reserve and of the available quota;
- ✓ probate rights of the surviving husband.

The probate law does not regulate certain issues, even if they are connected to the probate vocation, other laws being applicable, for example:

- ✓ application of the personal law, to determine the filiations by marriage or outside the marriage, in order to establish the order to calling to the heritage;
- ✓ application of the marriage effects, for the settlement of the issues related to: the quality of a husband, determination of the joint assets of the husbands and the assets of the deceased person, determination of the probate quota from the joint assets of the husbands.

The probate law is not applied if it is against the public order in the private international law.

[12] Civil Code, art. 655.
[13] Law no.105/1992 – art. 67 para.b.

2.4 Testamentary disposition of the inheritance

According to Roman jurisprudence[14], the transfer of the heritage is a unified transfer, meaning that the transfer of the entire assets of the deceased person is done according to the same legal norms, regardless of their type and/or provenience or the origins of the goods compounding it[15].

The regulation comprised in Law no.105/1992 (art.66) is a exception from the principle of the unified character of the inheritance transfer, meaning that for the movable assets *lex patriae* is applied, while for the transfer of goods *lex rei sitae* is applied.[16]

The unified principle of the probate transfer can be restate by the will of the deceased person determined by his will, which "is a solemn deed – a deed that imposes *ad validitatem* the fulfillment of certain form conditions.

Having in mind the importance and the severity of the effects that produce testamentary provisions and in order to protect, as much as possible, the will of the testator against certain influences and pressures, and in order not to leave any possibility of doubt on the existence and sense of the will expression, the law provides *ad solemnitatem* – under the sanction of nullity – certain testamentary forms which must express the will of the testator in order to bear judicial effects."[17]

Therefore, according to the provisions of art.68 of Law no.105/1992, the testator can subject the transfer by heritage of his assets by other laws than those indicated in art. 66, without having the right to cancel its imperative provisions.

The probate law chosen by the deceased person by his will (which can be one of the two provided in art. 66, e.g. *lex patriae*) can govern not only the testamentary heritage, but the legal heritage, when the testator does not decide (in full or in part) of the assets of the heritage, in his will providing only the probate law chosen and eventually other clauses, without any influence of the heritage transfer[18].

The law chosen by the testator shall be also applicable as probate law having the scope provided in art. 67 of Law no.105/1992.

In order to be valid, the will must fulfill certain fond and form conditions.

1) The form conditions of the will are: capacity, agreement, object and cause.

The capacity of an individual to dispose by will is governed by his national law, being about the capacity of exercise.

If when the will is drafted, the author was a citizen of a certain country, and at the date of his death he was the citizen of another country, the national law is determined in accordance with the settlement regulations related to the mobile conflict of laws.

The special incapacities to dispose by will are governed in terms of private international law by the personal law, however, if they relate to the probate procedure, the probate law can be also applied[19].

The special use incapacities to receive by legate also concern the hereditament, as they are subjected to the probate law.

The capacity of the legal entity to acquire by legate is governed by its national law.

a) The content is subjected to the probate law.

The probate law governs:

[14] Fr. Deak , *Mostenirea legala*, Actami Publishing House, Bucharest, 1996, p.14.
[15] M.Eliescu , work quoted, p.51.
[16] L. B.Ciucă, *Despre moştenire,* in „Convorbiri Juridice", no.5, Juridică Universitară Publishing House, p.10.
[17] L. B. Ciucă, *Drept civil. Succesiuni*, Universitara Publishing House, Bucharest, 2010, p. 208.
[18] Fr. Deak, work quoted, p.20.
[19] I.P. Filipescu, *Drept international privat*, Ed. Actami, Bucharest, 1999, p. 465.

- the content flaws;
- modalities for the testator to express his will;

b) The object of the will is also governed by the probate law.

The same law regulates:

- the legate validity conditions;
- reserve and quota available;
- establishment and powers of the executor of the will;
- causes related to the inefficiency of the legates (lapse, revocation or nullity);
- interpretation of the testamentary clauses;

c) The cause is subjected to the probate law.

2) For the form conditions of the will, the provisions contained in art. 68 para. 3 of Law no. 105/1992 are applicable.

These provisions are in compliance with the provisions provided by art. 885 Civil Code[20] which express the principle of the most favorable law[21].

According to the provisions of art. 68 of Law no. 105/1992, the will is still valid if it fulfils the conditions of form provided by one of the following laws:

- The national law of the testator (*lex patriae*);
- Law of his domicile (*lex domicilii*);
- The law of the place where the will was drafted, changed or revoked (*locus regit actum*);
- The law of the place where the building subjected to the will is located (*lex rei sitae*);
- The law of the court or the office fulfilling the probate procedure (*lex fori or auctor regit actum*).

The will is valid if it fulfils the form condition provided by any of these laws, applicable either with the date when the will was drafted, changed or revoked, or at the date when the testator deceased and by these provisions, art.68 para. 3 settle any eventual mobile conflict of laws.

Rights of the state on the dormant estate

By including this right in the probate law, it is indicated that the right of the State on the dormant estate is qualified, in all cases, as the hereditament. Corroborating the provisions of art. 67 para. g) with those of art. 66, the solution indicated by the private international law depending on the type of assets subjected to the dormant estate, meaning: if the asset is a movable asset, the national law of the deceased person from the date of decease is applied, and if it is immovable, the law of the place where the asset is located. Therefore, these are the laws that shall indicate the base solution.

If the applicable law, according to the distinctions mentioned above, is the Romanian one, the issue resulting is which base solution Romanian law applies. This solution depends on the juridical type conferred to the right of the state on the dormant estate, which is a matter of civil law, on which there are controversies in the specialized literature.

The issue is however of particular importance on the private international law because, as we indicated in the specialized literature of civil law, the practical interest to determine the juridical nature of the right of the state on the dormant estate exist only with the relations with foreigner elements. Therefore, it is about the hypothesis that either a Romanian citizen dies

[20] Civil Code – art. 885 has the following content: "The Romanian being in a foreign country shall be able to make his will in oleograph form or in authentic form employed in the place where the will is done".
[21] D.Al.Sitaru, *Drept international privat – Tratat*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 2000, p. 205.

without heirs and leaves his movable assets aboard, or a foreigner citizen dies without heirs, leaving his movable goods in Romania.

Under such hypothesis, if the solution of the heir state can be adopted, the movable assets shall be collected by the state whose citizen the deceased person was at the time of death, and if the theory of the *de desherenta* right of the state is adopted (which collects the assets the meaning of its sovereign right – *de jure imperii*), they shall be owned by the state where they are located.

For the movable assets, we consider, as many of the theoreticians in the juridical literature of civil right, according to which the state collects the dormant real estate probate based on a hereditament right (*de jure hereditatis*). Consequently, if the Romanian law is *lex causae*, the dormant real estate probate shall be collected by the state which citizen was *de cujus*, at the date of his death.

In exchange, the dormant real estate probate belongs to the state where each of the respective buildings are located, the right of the state being qualified this time as the original right to appropriate the assets that have no owner on its territory (*de desherenta* right), within the meaning of its sovereign right (*de jure imperii*).

Although art. 67 of Law no.105/1992 does not expressly provide, we consider that the juridical relation of the heredity petition (characteristics, effects, prescription term etc.) is subjected to the probate law.

In exchange, in the division of the heritage, which, also art. 67 does not mention as being the scope of the probate law, is mainly subjected to the law of the place where the assets to be divided is located, being strongly connected to their relation. Determining the persons that can ask for the division is indicated however by the probate law. The procedural forms of the division observe the law of the forum.

Conclusions

The issue of the private international law juridical relations was controversial until the implementation of Law no. 105/1992 on the regulation of the private international law relations.

According to those laws, the heritage is subjected to certain different laws, depending on its object:

- ✓ The heritage is subjected to the national law which the person had at the date of death, if it is about movable assets;
- ✓ Related to the immovable assets and the goodwill, the legacy is subjected to the law of the place where each of these assets is located.

This system which divides the patrimony in two different charts is theoretically criticized. As the probate is presented as a universal issue, we propose as *de lege ferenda*, that would be practically to apply one single law, that of the country to which the deceased citizen belongs by citizenship. However, this system has advantages, even today, although it does not take into account the unity of the patrimony as the interests of the state on which territory the buildings of the probate are to be found are taken into account.

Bibliography

1. Alexandresco D., *Principiile dreptului civil român*, vol. II, Bucharest, 1926.

2. Antonescu M. V., *Regimul juridic al străinilor în România*, All Beck Publishing House, Bucharest, 2001.

3. Bacaci, Gh. Comăniţă, *Drept civil. Succesiunile*, All Beck Publishing House, Bucharest, 2003.

4. Chirică D., *Drept civil. Succesiuni*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 1996.

5. Ciucă, L. B., *Drept civil. Succesiuni,* Universitar Publishing House, Bucharest, 2010.

6. Costin M. N., Costin M.C., *Dicţionar de drept civil*, vol. I., Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 2000.

7. Deak Fr., *Tratat de drept succesoral*, ACTAMI Publishing House, Bucharest, 1999.

8. Deak Fr., *Moştenirea legală*, ACTAMI Publishing House, Bucharest, 1994.

9. Eliescu M., *Moştenirea şi devoluţiunea ei în dreptul R.S.R.*, Academiei Publishing House, Bucharest, 1966.

10. Filipescu I. P., *Drept internaţional privat*, ACTAMI Publishing House, Bucharest, 1997.

11. Filipescu I. P., Filipescu A., *Drept internaţional privat*, ACTAMI Publishing House, Bucharest, 2002.

12. Hamangiu C., *Codul civil adnotat,* vol. I, Bucharest, 1925.

13. Jacotă M., *Drept internaţional privat,* Didactică şi Pedagogică Publishing House, Bucharest, 1976.

14. Macovei D., *Drept civil. Succesiuni,* Chemarea Publishing House, Iaşi, 1993.

15. Mureşan M., Boar A. , *Drept civil. Persoanele,*Cordial Lex Publishing House, Cluj-Napoca, 2000.

THE SOCIAL DIMENSION OF LAW

Andrea Kajcsa, PhD Student, "Petru Maior" University of Tîrgu Mureș

Abstract: The analysis of the social dimension of law regards the place that law has in society, the place of legal reality in society, the connections between law and the other components of the Social. We say that law is a product of society and „Ubi societatis ibi jus" (where society exists law is necessary) and „Ubi jus ibi societas" (where there is law it is made up only for society). The history of culture and civilization proves that law can organize and coordinate society in an efficient manner for it is built on the behavioral patterns and activities of a certain society, that law evaluates and then regulates.

Keywords: legal reality, society product, regulation, system.

Societatea şi dreptul se află într-o interdependenţă absolută, deoarece societatea nu se poate organiza decât prin regulile juridice constituite ca drept, iar dreptul nu poate exista decât pentru societate şi în societate. După cum afirmă reputatul jurist Jean Carbonnier, un drept robinsonian nu poate fi conceput.

În teoria dreptului, de altfel, puţine au fost opiniile potrivit cărora dreptul nu ar fi inerent societăţii umane. Dimpotrivă, s-a considerat că orice tip de colectivitate evoluează spre o societate organizată juridic. Fenomenul juridic este unul social şi norma juridică este o normă socială la origine.

Dreptul apare odată cu societatea, fiind de factură umană, şi indispensabil organizării societăţii. Dreptul permite evaluarea şi conştientizarea mediului înconjurător şi a existenţei fiinţei umane, atât la nivel individual, cât şi la nivel de ansamblu. Raţiunea umană formulează idealuri şi scopuri iar dreptul permite satisfacerea trebuinţelor şi asigurarea protecţiei unor drepturi şi interese.

În cadrul subsistemelor sociale, dreptul ocupă un loc distinct, întrucât sistemul juridic văzut ca un ansamblu de reglementări legale, ca „dreptate" aplicată de către instanţele judecătoreşti abilitate cu înfăptuirea actului de justiţie, nu reprezintă altceva decât urmarea firească a organizării sociale. La rândul său, dreptul, încă din cele mai timpurii forme de manifestare ale sale, a amprentat de o manieră majoră organizaţiile şi instituţiile sociale.

Interacţiunea şi intercondiţionarea drept – instituţii sociale, stă la baza diferitelor momente din istoria umanităţii de progres sau, dimpotrivă, regres social. Astfel, atunci când cadrul juridic existent a reprezentat un mecanism propice optimizării activităţii de organizare a societăţii şi instituţiilor acesteia, el s-a materializat într-un evident factor de progres social. Dimpotrivă, un sistem juridic rigid, inflexibil constituie o frână în cadrul procesului de inovare socială.

Considerăm însă că societatea este cea care imprimă caracterul sistemului de drept, şi de foarte puţine ori viceversa. Concret, orice sistem trebuie să corespundă nevoilor mediului în care evoluează, în caz contrar putând interveni o serie de disfuncţionalităţi. Particularizând la drept, o disfuncţionalitate în relaţia intrare-sistem-ieşire, indică faptul că norma de drept nu mai corespunde evoluţiei factorilor din mediul său extern, de unde primeşte influenţe, şi că deci soluţiile juridice nu mai reprezintă reacţii adecvate la acestea. Evenimentele produse în mediul extern determină o intrare de informaţie în sistem care implică în mod necesar o modificare, transformare, adaptare a structurii sistemului pentru ca echilibrul şi stabilitatea

acestuia să fie menţinute, iar în consecinţă, soluţia juridică corespunzătoare să reprezinte răspunsul ansamblului la respectiva intrare de informaţie. Norma juridică, dacă ea există, va trebui în acest caz modificată, iar dacă nu există, va trebui să fie elaborată şi cuprinsă în regulile ce compun dreptul obiectiv. Este clar că nu orice variabilă a mediului extern implică această soluţie, şi că în anumite limite adecvarea normei juridice se poate realiza prin interpretarea ei[1].

În acest context, putem considera că izvoarele reale, materiale reprezintă pentru drept (sistem) ceea ce reprezintă mediul extern pentru orice sistem, adică un ansamblu de factori ce trimit dreptului influenţe (inputs) ce determină în drept reacţii adecvate, prin intermediul normelor juridice. Relaţiile sociale pe care norma juridică le reglementează alcătuiesc ”mediul extern” dreptului. În cadrul lor se produc situaţiile de fapt pentru calificarea cărora norma de drept este necesară. Aplicarea normei juridice este forma specifică prin care se realizează conexiunea dintre sistem şi mediul extern lui[2].

În analiza relaţiei dintre drept şi mediul său extern, aplicarea teoriei sistemelor scoate în evidenţă şi supune analizei aspecte noi, cum ar fi: eficacitatea normei juridice, mecanismul tehnic de reglare în drept, condiţiile de ”îmbătrânire” a dreptului, şi, nu în ultimul rând, am preciza modalitatea în care izvoarele reale ale dreptului determină structura sa, privit ca şi un sistem.

Rolul dreptului se manifestă pentru organizarea societăţii, şi de aceea dreptul se impune prin capacităţile organizatorice, prin faptul că normele juridice reglementează principalele activităţi din sferele societăţii (dreptul constituţional, dreptul comercial, dreptul civil, dreptul administrativ, dreptul internaţional) şi numai în caz de nevoie se impune şi se aplică sancţiunea juridică.

Rolul dreptului nu se reduce la a fi paznicul şi agentul care sancţionează, ci de a pune în lucru coordonarea activităţilor în societate, de a indica şi satisface acele cerinţe care corespund valorilor sociale, idealurilor şi scopurilor afirmate.

Când intervin legile? întreabă reputatul jurist român Mircea Djuvara în lucrarea Teoria generală a dreptului, şi răspunde: „*Atunci când este o necesitate inexorabilă, ca societatea să transpună nevoile cele mari ale ei în texte de legi*.”

Dimensiunea socială a dreptului se relevă şi din prisma analizei întreprinse în cadrul acestei lucrări, şi anume din perspectiva influenţei puternice pe care dreptul o suportă din partea componentelor sistemului social (economie, politică, morală), alături de influenţa exercitată de cadrul fizic înconjurător şi a factorului uman.

Dimensiunea socială a dreptului ni s-a părut a fi relevată şi prin prisma unora dintre observațiile făcute în literatura juridică puțin mai veche. Ne spune autorul citat faptul că ordinea juridică evoluează progresiv pe calea unei organizări sociale mereu mai bune, iar dreptul pozitiv nu poate avea o valoarea absolută. Ordinea pentru ordine nu constituie un ideal social. Ordinea nu are valoare decât prin scopul pe care-l servește, or întrucât atingerea scopului mereu ameliorat, depășește mereu soluțiile unui sistem juridic pozitiv, acesta trebuie să ofere în mod necesar largi posibilități de exprimare a acestei tendințe. O ordine juridică împietrită, fără deschidere spre viitor ar fi o ordine sterilă, condamnată să piară[3].

[1] **Mihai Constantinescu**, ”*Consideraţii privind aplicarea teoriei generale a sistemelor la studiul dreptului*”, în Revista Română de Drept, anul XXX, 1974, nr. 12, pag. 37.
[2] **Mihai Constantinescu**, *op.cit.*, pag. 34.
[3] **Vasile Pătulea**, „*Fundamentul politic și ideologic al dreptului*”, în „Revista Română de Drept”, anul XXIX, nr. 11 din 1973, pag. 11.

În drept sunt stabilite relații între indivizi, ca subiecte de drept, și de aici ideea de alteritate esențială dreptului, care își găsește prin normele de drept modalitatea de cristalizare a intenției și de aici intersubiectivitatea[4].

Istoria culturii și civilizației dovedește faptul că dreptul este acela care poate organiza și coordona eficient societatea întrucât are la bază chiar comportamentele și activitățile din societate, pe care le evaluează și mai apoi intervine și le reglementează prin intermediul normei juridice, în corelație cu celelalte sisteme din societate: morală, religie, tradiții, cutume.

Sistemul normativ al societății se exprimă prin normele de drept pentru că acestea înglobează celelalte reguli, pentru că normele de drept sunt clare, precise, publice, generale, pentru că normele juridice pot fi aduse la îndeplinire, la nevoie, prin forța de constrângere a statului.

Traiul în societate nu privează omul de individualitate. Libertatea acțiunilor sale este însă limitată și utilizată în coordonare cu activitățile tuturor membrilor din societate pentru satisfacerea interesului general, și nu doar a acelui individual.

Dreptul şi societatea sunt ambele subiecte fără margine în posibilitatea de abordare. Având în vedere varietatea de definiţii pe care le putem identifica în literatura de specialitate şi lipsa unei unanimităţi cu privire la conţinutul acestor noţiuni, asocierea celor doi termeni accentuează domeniul extins de aplicare, acoperind teme precum: ordine socială, control social, organizare socială, evoluţie şi schimbare socială şi legală, soluţionarea disputelor, norme sociale, norme juridice, ideologii, putere, pedeapsă, conştiinţă juridică, cultură juridică, profesii juridice, drept şi relaţiile economice, ş.a.[5] Drept şi societatea acoperă aproape în întregime toate aspectele dreptului, iar dreptul este implicat în aproape tot în societate, conturând un câmp fără hotare sau un conţinut prestabilit[6].

S-a spus în literatura de specialitate faptul că dreptul este o oglindă a societăţii care funcţioează în vederea menţinerii ordinii sociale[7]. Două teze distincte sunt cuprinse în această afirmaţie. Prima, teza oglinzii: „*Dreptul reflectă climatul intelectual, social, economic şi politic al vremii sale. Dreptul este inseparabil de interesele, scopurile şi înţelesurile care în mod profund conturează sau comprimă viaţa socială şi economică. De asemenea, reflectă ideile specifice, idealurile şi ideologiile care fac parte dintr-o distinctă cultură legală – acele atribute de comportament şi atitudine care fac ca dreptul dintr-o societate să fie diferit de cel al unei alteia.*" (trad. n.)[8]. „Spiritul legilor" al Baronului de Montesquieu, scris la mijlocul secolului al XVIII-lea, oferă punctul de început pentru teză oglinzii. Autorul a argumentat faptul că dreptul este, şi ar trebui să fie, croit potrivit obiceiurilor, religiei, comerţului şi sistemului politic specific, construit după climatul fiecărei ţări, calităţii solului acesteia, principalelor activităţii ale locuitorilor.

---

[4] **Giorgio del Vecchio**, „*Lecţii de filosofie juridică*", Editura Europa Nova, Bucureşti, 2000.

[5] **E. M. Schur**, "*Law and Society: A Sociological View*", Random House, New York, 1968; **L. Friedman**, "*Law and Society: An Introduction*", Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1977; **A. Hunt**, "*Explorations in Law and Society: Toward a Constitutive Theory of Law* ", Routledge, New York, 1993; **J.R. Sutton**, "*Law/Society: Origins, Interactions, Change*", Pine Forge Press, Thousand Oaks, 2001; **S. E. Barkan**, "*Law and Society: An Introduction*", Pearson Prentice Hall, Upper Saddle River, 2009; **S. Vago**, "*Law and Society*", Pearson Prentice Hall, Upper Saddle River, 2009.

[6] **Brian Z. Tamanaha**, „*Law and Society*", în Ed. Dennis Patterson, „*A Companion to Legal Philosphy of Law and Legal Theory*", Wiley-Blackwell, Sussex, 2010.

[7] **Brian Z. Tamanaha**, „*A General Jurisprudence of Law and Society*", Oxford University Press, Oxford, 2001.

[8] "*Law reflects the intellectual, social, economic, and political climate of its time. Law is inseparable from the interests, goals, and understandings that deeply shape or comprise social and economic life. It also reflects the particular ideas, ideals, and ideologies that are part of a distinct 'legal culture' – those attributes of behavior and attitude that make the law of one society different from that of another* ", **S. Vago**, *op.cit.*, pag. 3.

O altă versiune celebră a tezei oglinzii aparţine lui Henry Maine, autor al lucrării „Ancient Law". Acesta a susţinut faptul că societatea antică pivota în jurul familiei, agregată în clanuri şi triburi. Era acordată primordialitate comunităţii iar dreptul era bazat pe statutul unei anumite persoane în cadrul grupului[9]. În contrast, în societatea modernă, indivizii beneficiază de primordialitate, dreptul fiind bazat pe contract. Pe măsură ce societatea trece de la primordialitatea familiei sau a comunităţii la cea a individului, dreptul trece de la statut la contract. Evoluţia legală este parte integrantă din evoluţia socială, fiecare oglindind-o pe cealaltă.

A doua teză identifică funcţiile dreptului. Astfel, funcţia primordială a dreptului este considerată cea de a reglementa şi contrânge comportamentul individului în raporturile acestuia cu alţi indivizi. Precedenta afirmaţie, rostită în nenumărate dăţi de către filozofi, jurişti, sociologi, are rădăcini străvechi. Aristotel spunea: „Pentru drept este ordine"[10]. Celebrul judecător Benjamin Cardozo susţinea că dreptul reprezintă expresia principiului de ordine căruia toţi oamenii trebuie să se conformeze în comportament şi raporturi, ca membri ai societăţii[11]. Iredell Jenkins scria că cea mai bună dovadă a strânsei asocieri al celor două elemente constă în aceea că expresia drept şi societate a încetat să mai constituie o sintagmă pentru noi şi a devenit un singur cuvânt[12].

Cele două teze sunt conexe. Simplul fapt că dreptul oglindeşte societate este ceea ce face ca dreptul să fie eficient şi legitim ca instrument de menţinere a ordinii sociale. Deoarece dreptul reflectă şi susţine normele sociale prevalente, cea mai mare parte a comportamentelor sunt în conformitate cu aceste norme fără a fi necesară intervenţia vreunei sacţiuni legale, permiţându-se astfel dreptului să îşi conserve resuresele şi să îşi menţină eficienţa. De fiecare dată când dreptul intervine pentru a aplica ordinea socială, îndreptăţeşte şi ajută la definirea normei la care populaţia a aderat. Populaţia percepe norma aplicată de drept ca propriul său produs, reflectând propriul stil de viaţă, manifestându-şi consimţământul. În schimb, dreptul pretinde obedienţa indivizilor deoarece face munca acestora, păstrând normele acestora, reprezentând stilul de viaţă al acestora, menţinând ordinea acestora, permişându-le să îşi urmeze proiectele şi să se poată bucura de viaţă în siguranţă şi securitate.

Una dintre cele mai puternice argumentaţii în sensul ideii că dreptul este o reflecţie a societăţii care funcţionează în vederea menţinerii ordinii sociale aparţine lui Emile Durkheim[13]. Acesta caracteriza societăţile primitive ca mecanice deoarece aveau o conştiinţa colectivă – credinţe şi practici comune care pătrundeau în toate aspectele vieţii. Dreptul într-o astfel de societate este represiv întrucât întreruperile ordinii sociale erau ameninţări la întregul grup. Societăţile moderne sunt caracterizate printr-o diviziune a muncii prin care indivizii sunt angrenaţi în activităţi specializate, fiecare cu propriile seturi de credinte, practici şi valori. Dreptul este în aceste condiţii orientat către restituţie pentru a repara rupturile în aceste raporturi.

[9] **H. Maine**, "*Ancient Law"*, ed. A. Montague , University of Arizona Press, Tucson, 1986 , pag. 164.
[10] **Aristotle**, "*The Politics"*, Cambridge University Press, Cambridge, UK , 1988, pag. 162.
[11] **Benjamin Cardozo**, "*The Growth of Law*", Yale University Press, New Haven, 1924, pag. 140: "[*l]aw is the expression of the principle of order to which men must conform in their conduct and relations as members of society*.".
[12] **Iredell Jenkins**, "*Social Order and the Limits of Law: A Theoretical Essay*", Princeton University Press, Princenton, 1980, pag. 10) "*the best of all evidence of the close association of these ideas is found in the fact that the expression law and order has virtually ceased to be a phrase for us and has become a single word*. "
[13] **Emile Durkheim**, "The Division of Labor in Society. In *Emile Durkheim on Morality and Society*", University of Chicago Press, Chicago, 1973, pag. 67.

O argumentaţie mai elaborată pe aceeaşi linie ideatică a fost mai recent promulgată de către filozoful Jurgen Habermas[14]. Acesta consideră că dacă toate celelalte mecanisme de integrare socială sunt epuizate, dreptul totuşi furnizează câteva modalităţi de menţinere a unor societăţi complexe şi centrifuge care altfel s-ar dezintegra. Din această perspectivă, dreptul este mai mult decât o simplă reflecţie a relaţiilor sociale: dreptul susţine raporturile sociale, coordonează comportamentul social, integrează diferitele componente ale societăţii.

Studiile contemporane în domeniul drept şi societate au fost îmbogăţite, fiind însă orientate în diferite direcţii. Astfel, o astfel de orientare şi-a propus ca şi scop dominant promovarea unei ştiinţe a societăţii. Pentru această categorie de doctrinari, dreptul merită un loc-cheie în analiză ca urmare a rolului său pivotal în societate, perspectiva acestora fiind în mare parte şlefuită de obiectivele şi cerinţele ştiinţelor sociale. O altă orientare, cu rădăcini în jurisprudenţa sociologică, îşi propune să demonstreze în ce fel instituţiile dreptului operează de fapt, atât în prezent cât şi în tecut. Scopul acestui demers este ca prin informaţiile strânse să ajute în trasarea unor regimuri legale mai eficiente în atingerea scopurilor sociale.

Considerăm, totuşi, că a considera dreptul ca o oglindă a soceităţii este o viziune prea simplistă asupra acestuia. Să ne gândim astfel că dreptul dă viaţă şi formă unuia dintre cei mai importanţi actori şi societăţii moderne: corporaţiile – persoane juridice. De asemenea, infrastructura unui guvern este construită de drept iar dreptul serveşte ca principal mijloc prin care guvernul comunică şi acţionează. Dreptul este mecanismul prin care guvernul creează monedă, dobândeşte monedă, împrumută monedă şi cheluieşte monedă. Toate aceste aspecte exceed teoriile conform cărora dreptul este o oglindire a societăţii care funcţionează pentru a menţine ordinea socială.

Nu poate fi negat faptul că dreptul acţionează în modalităţi care menţin ordinea socială. Insă ordinea socială nu este singura funcţionalitate a dreptului şi poate nici chiar cea predominantă. Astăzi, dreptul este o modalitate flexibilă, multifuncţională de a rezolva probleme, nevoi, interese. Iar pentru a înţelege întreaga gamă şi complexitate a dreptului în societatea contemporană, perspectiva dominantă a ordinii sociale trebuie să facă loc pentru o perspectivă nouă asupra extraordinarei varietăţi a aplicabilităţii acestui instrument.

[14] **Jurgen Habermas**, "*Between Facts and Norms*", MIT Press, Cambridge, 1996, pp. 66 – 81.

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: INTERNATIONAL EVOLUTION AND NATIONAL PERSPECTIVES

Aron Samu, PhD Student, "Babeș-Bolyai" University of Cluj-Napoca

Abstract: The thriving interdisciplinary research field of Law and Economics keeps being extremely successful. Its forty year existence (out of which more than twenty years have been of utmost formal recognition), the vast amount of theoretical research and the important practical legal implications it produced (via regulations as well as court decisions), and also the fact that it spread way beyond its birthplace borders are all reasons for it. In its specificity, it strives to explain and predict the behaviors of social participants. It also tries to align laws with desired consequences in areas such as economic efficiency, the distribution of income and wealth, or other values. Law and Economics should become a driving force in any national social change, decisions regarding the rules of the social game should be reached only upon a prudent and mature process including widespread debate, and Romania should carefully express the way it chooses to persevere and be regarded by other nations. This movement has influenced legal reform in a number of important areas, and in Romania's case it has the potential to crucially positively-impact the entire legal and economic system, through the discussion and application of its principles to the process of adopting the New Constitution. This is the main reason for which this paper will analyze the field of Economic Analysis of Law from its origins to the present and seek to reconcile this foreign framework with the specificities of the Romanian system.

Keywords: Romanian Constitution, Chicago School, Economic Analysis of Law, international history, economic perspectives.

The thriving field of Law and Economics has been dubbed "a success story of interdisciplinary research" (Hsiung, 2006, p. 2). Its forty year existence (out of which more than twenty years have been of utmost formal recognition), the vast amount of theoretical research and the important practical legal implications it produced (via regulations as well as court decisions), as well as its spreading way beyond birthplace borders are all reasons for which "to say that, among the numerous outward expeditions of economics since the 1960s, law and economics has been the most successful"[1]. In its specificity, it strives to "explain and predict the behavior of … persons regulated by the law" (Posner, 1998, p. 2). It also tries to align laws with desired consequences in areas such as economic efficiency, the distribution of income and wealth, or other values. This movement has influenced legal reform in a number of important areas[2], and in Romania's case it has the potential to crucially positively-impact the entire legal and economic system, through the discussion and application of its principles to the process of adopting the New Constitution.

We refer to the existence of this field as it was conceived, accepted and disseminated in modern times by the fertile American scholarly research movement. As it was drafted in the late 1950s in the United States of America and accepted by the scientific community due

[1] See Richard A. Posner and Francesco Parisi, *Introduction*, in Richard A. Posner and Francesco Parisi eds. Law and Economics (1997), at ix apud. Ibidem. For a more detailed analysis of this scientific field's importance and how it sometimes becomes daunting in its complexity, in theory as well as practice, see Idem, pp. 2-4.
[2] For more details on the matter, see Idem, pp. 2-3.

to the efforts of Richard A. Posner from the 1970s onwards, it was sometimes presented as a revolutionary way of merging the fields of Law and Economics, by applying the concepts and methods of the latter to the analyses of the former. However, recent historical research concluded that a broad movement of scholarly research was responsible for applying economic ideas in the quest for a better understanding of the legal field as early as the 1880s, especially in the work of Oliver Wendell Holmes, Jr. (Mackaay, 1999, p. 66) A fact also worth mentioning is that the economic analysis was at that time present in the historical endeavors coordinated by lawyers interested in researching the past. As such, from that time on, the lines that separated history, economy and law became increasingly more blurry (Schumpeter, 2006, pp. 749-750). A strong case is more recently being made to actively revitalize the union of Law and Economic analyses with a more historical approach in gathering the information to base the former upon (Harris, 2003, p. 696). But following these crucial historical acknowledgement, the more relevant evolution of the field of the Economic Analysis of Law stems from the developments originating in the University of Chicago.

Although many publications state that Law and Economics was born in 1933, the year Aaron Director and Henry Simons offered economics courses at the University of Chicago Law School, in fact 1902 and the views of Professor Ernst Freund should be given proper credit. The latter believed in what amounted to be a controversial degree at the time in the interdependence between law and social sciences. (Mordfin, Nagorsky, 2011).

1961 was a pivotal year in the history of this school of thought. The pioneering tort law works of University of Chicago's Ronald Coase and Yale's Guido Calabresi initiated the developments that led Economic Analysis of Law to be omnipresent in American legal discourses (Winkler, 2005, p. 1035). The contemporary and most ardent proponent of accepting Law and Economics into mainstream scientific research is University of Chicago's Richard A. Posner. His cornerstone thesis is that judicial activism can be, is and can be further on infused with economic reasoning in order to better the legal process (Zywicki, Sanders, 2008, pp. 563-564).

A noteworthy aspect arises – judicial activism is bound to the constraints that the judicial system and existing legal framework impose on the activity of the courts (Sutton, 2010, p. 868). We argue that this issue will definitely have to be addressed by a normative Law and Economics approach in the process of rethinking Romania's Constitutional Framework in such a manner that national judges will be able to justifiably use economic reasoning in reaching their decisions, as it is a crucial and complementary factor towards Law and Economics going hand in hand both in the legal arena as well as in the jurisprudential one. However, we are not going so far as to support fully-empowering judges to substitute tax and spend democratic consensus in the arena of achieving distributive objectives. The legislature should keep its main role in this matter, with judges carefully balancing out imperfections. Otherwise, economic efficiency could be harmed more than aided (Newman, 1998, p. 469).

Steven Shavell, an economics and then law professor at Harvard University is one of the most popular scholars in the modern Economic Analysis of Law movement, and considered to be the most representative figure in the third generation of researchers in this field. His treatise contributed immensely to the process of allocating economic consequences and properties to choices of legal doctrines and institutions (Posner, 2006, p. 405).

Today, the evolving interdisciplinary approach has led some of the most prestigious institutions of higher education in the world (including the London School of Economics) to conduct ample research and to offer programs that bridge the gap between Law and Economics. It was Calabresi's work that set the foundations for economic analysis of law to become a discipline within law schools (Hylton, 2005, p. 106). Romania does not lag far

behind in this regard, with the Bucharest Academy of Economic Studies recently having established a Legal Education Department[3]. European law and economics remains to be primarily driven by economists to this day (Gelter, Grechenig, 2014, p. 5). It has been considered that new directions could be explored in legal scholarship and teaching in these ripe times. These searches should not only build on, but move beyond the recent achievements of the field (Dubber, 2014, p. 1).

It is now important to consider the two main directions that Law and Economics scholars pursue in their scientific research endeavors. Some of them analyze the role that economic tools play in the process of pursuing legal policy. Part of the 'normative' branch of the field, they are concerned with using economics to determine the most efficient legal rules. The other branch, the 'positive' one, is rather preoccupied with using economics to analyze the effects that actual legal rules produce. (Hovenkamp, 1995, pp. 331-332) We will refer to the normative aspects from now on, especially in relation to their compatibility with the specificities of the Romanian system. We argue that because they are pre-systemic in nature, economic processes of thought can easily be applied in the process of choosing legal frameworks.

In organizing democratic systems as welfare states, it has been considered that the government receives the role of providing public services, maintaining security and ensuring equal treatment before the law through an agreement between the nation's citizens and its authorities (Johnson, Minis, 1996, p. 1). Even though potentially compatible with the traditionally social-democratic modern welfare state Romanian approach, two important aspects that affect the way in which economic analysis can be applied to policy choice have to be noted. The first is that an economic analysis approach inevitably tries to link the notion of general fairness with individual welfare. The second is that case law, and even arguably legislation, are affected by notions of fairness. (Kaplow, Shavell, 1999, pp. 79-81) In these respects, the challenge lies in achieving fairness not through a victory on the moral battlefield, but on the grounds of optimal societal efficiency. Also, it has been convincingly argued that a combination of law and equity elements in the legal decision making endeavor is likely to be superior to using only one or the other (Smith, 2010, p. 3).

Over the course of this short, but detailed analysis, we have shown that the evolution of the scientific field of Law and Economics is rooted further back in time than was originally thought of. This fact only increases its legitimacy and allows for a historical approach to be applied in further discovering the ways in which it could benefit the analyses of modern times. Its current applications are numerous and we consider it to be pivotal in the process of rethinking the Romanian Constitutional framework. Especially due to the influence it currently exerts in the international arena and because the national scholarly research shows it is open to importing its approaches, it will definitely play an important part in crafting the national legal institutions and constructions of tomorrow. Because of the fact that the normative process is pre-systemic, we showed that no impediments would affect applying Economic Analysis of Law principles in the process of deciding future policy and legal frameworks. Also, we showed that Romania is in line with the modern European openness towards allowing this scholarly research field to flourish in the higher education arena. Because of these facts and developments, we strongly believe Law and Economics could positively impact the laws of our country. And as we have previously shown, it should do so not only in the process of enacting them, but also in the process by which judges subsequently

[3] For more details on this expansion, as well as a very interesting analysis of the worldly aspects that lead scholars to pursue Law and Economics research, please see Gazal-Ayal, 2007, pp. 803-805.

administer them, by allowing the latter to more adequately and lawfully integrate economic reasoning in the equity considerations that should accompany any sound court decision.

Acknowledgement

This work was cofinanced from the European Social Fund through Sectoral Operational Programme Human Resources Development 2007-2013, project number POSDRU/159/1.5/S/134197 „Performance and excellence in doctoral and postdoctoral research in Romanian economics science domain". / Această lucrare a fost cofinanțată din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013, proiect numărul POSDRU/159/1.5/S/134197 „Performanță şi excelență în cercetarea doctorală și postdoctorală în domeniul ştiintelor economice din România".

Bibliography

1. Hsiung, B., 2006. Economic Analysis of Law: an inquiry of its underlying logic, Erasmus Law and Economics Review 2, no. 1 (March 2006). Available online at http://homepage.ntu.edu.tw/~ntuperc/docs/publication/2006_08_Hsiung.pdf (last accessed on October 5th, 2014)
2. Posner, R. A., 1998. Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law, John M. Olin Law and Economics Working Paper No. 53 (2D Series), The Chicago Working Paper Series, The Law School, The University of Chicago. Available online at http://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values.pdf (last accessed on October 5th, 2014)
3. Mackaay, E., 1999. History of Law and Economics in Book 200, Encyclopedia of Law & Economics, Edward Elgar and the University of Ghent. Available online at http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf (last accessed on October 5th, 2014)
4. Schumpeter, J. A., 2006. History of Economic Analysis, Taylor & Francis e-Library. Available online at http://digamo.free.fr/schumphea.pdf (last accessed on October 5th, 2014)
5. Harris, R., 2003. The Uses of History in Law and Economics, in Boalt Working Papers in Public Law Paper 21, *Theoretical Inquiries in Law* Vol. 4, University of California, Berkeley. Available online at http://www.tau.ac.il/law/members/ron-harris/articles/The%20Uses%20of%20History%20in%20Law%20and%20Economics.pdf (last accessed on October 5th, 2014)
6. Hovenkamp, H., 1995. Law and Economics in the United States: a brief historical survey, *Cambridge Journal of Economics* 1995, Issue 19, Critical Survey series, Academic Press Limited. Available online at http://academic.udayton.edu/Lawecon/Readings/Law%20and%20Economics%20in%20the%20US.pdf (last accessed on October 5th, 2014)
7. Johnson, R. W., Minis, H. P., Jr., 1996. Toward Democratic Decentralization: Approaches to Promoting Good Governance, Research Triangle Institute Publications, North Carolina, United States of America. Available online at http://www.rti.org/pubs/Toward_demo_decen.pdf (last accessed on October 5th, 2014)
8. Kaplow, L., Shavell, S., 1999. Economic Analysis of Law, in A.J. Auerbach and M. Feldstein (eds.), *Handbook of Public Economics*, Amsterdam, New York: Elsevier, 2002, Vol. 3, Chapter 25, pp. 1661-1784. Available online at

http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/251.pdf (last accessed on October 5th, 2014)

9. Smith, H. E., 2010. An Economic Analysis of Law versus Equity, The Yale Law School 2010-2011 Law, Economics, and Organization Workshop Proceedings. Available online at http://www.law.yale.edu/documents/pdf/LEO/HSmith_LawVersusEquity7.pdf (last accessed on October 5th, 2014)
10. Mordfin, R. I., Nagorsky, M. F., 2011. Chicago and law and Economics: A History, The Record Online (Alumni Magazine), Fall issue. Available online at http://www.law.uchicago.edu/alumni/magazine/fall11/lawandecon-history (last accessed on October 5th, 2014)
11. Winkler, V., 2005. *Review Essay* - Some Realism about Rationalism: Economic Analysis of Law in Germany, German Law Journal Vol. 06 No. 06. Available online at http://germanlawjournal.net/pdfs/Vol06No06/PDF_Vol_06_No_06_Developments_1033-1044_Winkler.pdf (last accessed on October 5th, 2014)
12. Zywicki, T. J., Sanders, A. B., 2008. Posner, Hayek, and the Economic Analysis of Law, 93 Iowa Law Review. Available online at http://ruleoflawus.info/Economy/Posner%20v%20Hayek.pdf (last accessed October 5th, 2014)
13. Sutton, J. S., 2010. A review of Richard A. Posner, How Judges Think (2008), Michigan Law Review Vol. 108. Available online at http://www.michiganlawreview.org/assets/pdfs/108/6/sutton.pdf (last accessed on October 5th, 2014)
14. Newman, P., 1998. *law-and-economics from the perspective of critical legal studies*, The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Macmillan Reference Limited. Available online at http://duncankennedy.net/documents/Law%20and%20Economics%20from%20the%20Perspective%20of%20cls.pdf (last accessed on October 5th, 2014)
15. Posner, R. A., 2006. A Review of Steven Shavell's "Foundations of Economic Analysis of Law", Richard A. Posner and Steven Shavell, Journal of Economic Literature
Vol. 44, No. 2 (June issue), American Economic Association. Available online at http://www.jstor.org/stable/30032254 (last accessed on October 5th, 2014)
16. Hylton, K. N., 2005. Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics, Maryland Law Review Vol. 64 Issue 1 Article 7. Available online at http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3361&context=mlr (last accessed on October 5th, 2014)
17. Gelter, M., Grechenig, K., 2014. History of Law and Economics, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, April Issue, Bonn. Available online at http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2014_05online.pdf (last accessed on October 5th, 2014)
18. Dubber, M. D., 2014. Critical Analysis of Law: Interdisciplinarity, Contextuality, and the Future of Legal Studies, University of Toronto individual research. Available online at http://individual.utoronto.ca/dubber/CAL.pdf (last accessed on October 5th, 2014)
19. Gazal-Ayal, O., 2007. Economic Analysis of "Law & Economics", Capital University Law Review Issue 35, Columbus, Ohio, United States of America. Available online at

http://weblaw.haifa.ac.il/he/Faculty/GazalAyal/Publications/Analysis%20of%20Law%20and%20Economics.pdf (last accessed on October 5th, 2014)

THE INFLUENCE OF WESTERN CONSTITUTION IN DRAFTING POSTCOMMUNIST CONSTITUTIONS: THE CASE OF ROMANIA

Izabela Bratiloveanu, Postdoc Researcher, PhD, University of Craiova

Abstract: It is notoriously strong link between the content of the Constitutions of Central and Eastern Europe and the Soviet constitution. In response to the changes that occurred politically, there have been substantial changes in terms of legislation, too; the postcommunist countries have amended their constitutions or adopted a new constitutional text. În Romania, the transition from the state-party political monopoly to the rule of law and the introduction of a liberal legal system required drawing up of a new Constitution in 1991. In order to accede to the status of liberal democracy, members of the Constituent Assembly and the Commission drafting of the draft Constitution emphasized the constitutions of Western states, some of them being offered in translation.

Keywords: communism; transition; modern constitutions; supreme values; democracy.

I.Introducere

Până la adoptarea noii Constituţii a României în anul 1991, s-a traversat o perioadă de frământări pe plan social şi politic, cu numeroase probleme de natură economică şi demonstraţii împotriva noului regim. Un studiu efectuat în anul 1989, în care erau luate în considerare 24 de state europene (din care 16 occidentale şi 8 state foste comuniste) stabilea că România se situa pe locurile 20-24 la 16 indicatori economici, iar în ce priveşte venitul brut, care exprima nivelul general la care se afla economia naţională, România se situa de-abia pe locul 20. Sistemul economic era în cădere liberă, fiind necesar să se depună eforturi în vederea reconstrucţiei şi pentru trecerea la economia de piaţă.

Tranziţia la democraţie şi la statul de drept s-a dovedit a fi un proces dificil şi îndelungat. În acest context, elaborarea unei noi Constituţii, care să creeze noi instituţii şi să introducă principii diferite de cele care existaseră în perioada anterioară, era esenţială.

Importanţa şi necesitatea elaborării unei noi Constituţii a fost remarcată şi în cadrul dezbaterilor din Constituantă, printre alţii de către profesorul Florin Vasilescu: „Trăim vremuri de cumpănă. Ţara noastră se străduieşte să reintre în rândul statelor civilizate şi democratice, acolo unde îi este locul. Dar cu eforturi. Nici economia, nici atmosfera socială nu se pot schimba peste noapte. Viitorul democraţiei noastre depinde de Constituţia ce se va adopta. Avem nevoie de structuri statale, deopotrivă eficiente şi democratice. Eficiente pentru că un sistem politic care nu-şi realizează scopurile este nepotrivit şi dăunător, democratice pentru că puterea care nu se bizuie pe popor nu este decât forţă brută [1]. Pe bună dreptate remarca profesorul Dieter Grimm că, deşi „nu întotdeauna constituţiile sunt luate în serios, decidenţii care nu sunt înclinaţi să se supună ei înşişi normelor legale, sunt obligaţi să pretindă faptul că îşi exercită puterea într-un cadru constituţional”[2].

II. Influenţa constituţiilor străine la elaborarea Constituţiei României din 1991

[1] Stenograma şedinţei din 16 aprilie 1991, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea a II-a nr. 10 din 18 aprilie 1991, *Geneza Constituţiei României 1991. Lucrările Adunării constituante*, Regia Autonomă “Monitorul Oficial”, Bucureşti, 1998, p. 488.

[2] G. Dieter, *The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world*, în P. Dobner, M. Loughlin, The Twilight of Constitutionalism?, Oxford University Press, 2010, p. 3.

În linii generale, renaşterea constituţionalismului în Europa centrală şi de est s-a aflat sub o triplă influenţă care a marcat procesul de elaborare al Constituţiilor sau a unor articole ale acestora: influenţa franceză, influenţa germană şi influenţa americană. Au existat două căi de trecere de la totalitarism la statul de drept: a) revizuirea unor constituţii în vigoare şi b) elaborarea unor noi constituţii. România a optat pentru cea de a doua variantă.

Adunarea Deputaţilor şi Senatul, întrunite în şedinţă comună, s-au declarat Adunare Constituantă la data de 11 iulie 1990, potrivit art. 80 din Decretul-lege nr. 92/1990 pentru alegerea Parlamentului şi a Preşedintelui României, a adoptat Regulamentul Adunării Constituante şi a creat Comisia de redactare a proiectului de Constituţie[3]. Adunarea Deputaţilor la 29 octombrie 1990 şi Senatul la 30 octombrie 1990 i-au acordat statutul de Comisie Permanentă. Comisia de redactare trebuia mai întâi să elaboreze şi să prezinte principiile şi structura pe capitole a proiectului de Constituţie, iar apoi să redacteze textul integral al fiecărui capitol care urma să fie supus spre dezbatere şi aprobare Adunării Constituante. Tezele pentru elaborarea proiectului de Constituţie a României au fost publicate la data de 12 decembrie 1990, ulterior fiind dezbătute de Adunarea Constituantă. Proiectele şi amendamentele la Constituţie au fost dezbătute de către Adunarea Constituantă începând din septembrie 1991, iar aprobarea textului pe articole s-a încheiat la 14 noiembrie 1991. La 21 noiembrie 1991, din numărul total de 510 deputaţi şi senatori, Constituţia a fost adoptată cu 414 voturi pentru şi 95 de voturi împotrivă. Senatorul Károly Király nu a răspuns la apelul nominal şi nici nu şi-a exprimat votul prin corespondenţă.

Principiile şi structura proiectului de Constituţie au fost prezentate în şedinţa din 13 februarie 1991, de către senatorul independent Antonie Iorgovan, în cadrul dezbaterilor preliminare. Discuţiile pe marginea Proiectului şi Amendamentelor la Constituţie au fost intense şi s-au derulat timp îndelungat. Trebuie menţionat că din Comisia de redactare a proiectului de Constituţie făceau parte 28 de membri (12 deputaţi, 11 senatori şi 5 specialişti). Din cei 12 deputaţi, 6 erau deputaţi F.S.N., 1 deputat P.N.L., 1 deputat U.D.M.R., 1 deputat P.N.Ţ.-C.D., 1 deputat al grupului parlamentar ecologist şi social-democrat, 1 deputat al grupului parlamentar agrar social-democratic, 1 deputat al grupului parlamentar al minorităţilor naţionale, altele decât cea maghiară. Cei 11 senatori au fost: 1 senator independent, 7 senatori F.S.N., 1 senator P.N.L., 1 senator grupul parlamentar U.D.M.R., 1 senator partidul pentru Uniunea Naţională a Românilor din Transilvania. Este de precizat că cei cinci specialişti au fost: Ioan Muraru, Ion Deleanu, Ioan Vida, Mihai Constantinescu şi Florin Vasilescu.

Noua Constituţie a intrat în vigoare la data de 8 decembrie 1991 în urma aprobării sale prin referendum, conform art. 149. Până la intrarea în vigoare a noii Constituţii, Decretul-lege nr. 92 din 14 martie 1990[4] pentru alegerea Parlamentului şi Preşedintelui României, emis de Consiliul Provizoriu de Uniune Naţională a reglementat primele alegeri libere şi principalele instituţii democratice.

Constituţia a fost structurată pe 7 Titluri, respectiv: Titlul I – „Principii generale" (art. 1-14), Titlul II- „Drepturile, libertăţile şi îndatoririle fundamentale" (art. 15-57), Titlul III- „Autorităţile publice" (art. 58-133), Titlul IV- „Economia şi finanţele publice" (art. 134-139), Titlul V- „Curtea Constituţională" (art. 140-145), Titlul VI- „Revizuirea Constituţiei" (art. 146-148) şi Titlul VII- „Dispoziţii finale şi tranzitorii" (149-152). Au fost prevăzute în Constituţie principii de bază ale instituţiei drepturilor şi libertăţilor fundamentale ale cetăţenilor precum principiul universalităţii drepturilor, libertăţilor şi îndatoririlor (art. 15), principiul egalităţii în drepturi (art. 16), prioritatea reglementărilor internaţionale privind

[3] Monitorul Oficial nr. 90 din 12 iulie 1990.
[4] Monitorul Oficial nr. 35 din 18 martie 1990.

drepturile fundamentale ale omului (art. 20), accesul liber la justiţie (art. 21), protecţia persoanelor aparţinând minorităţilor naţionale (art. 6), restrângerea exerciţiului unor drepturi sau al unor libertăţi (art. 49).

Procesul de transformare prin care a trecut nu doar statul român, ci şi alte state foste comuniste, a reprezentat un element important de noutate. Era vorba despre trecerea de la totalitarism la democraţie şi de la economia centralizată la economia de piaţă. După aproximativ o jumătate de secol de comunism şi de dominaţie sovietică, cu efecte semnificative asupra tipului de regim, economiei şi sistemului juridic, în România se impunea reconstruirea cvasitotalităţii aspectelor sistemului pentru a evita prăbuşirea şi pentru a păstra o anumită stabilitate.

Una dintre ideile călăuzitoare în elaborarea noii Constituţii a fost să se marcheze ruptura definitivă faţă de trecutul comunist. Astfel, în cadrul dezbaterilor din Adunarea Constituantă s-a precizat expres: „Constituţia creează acel cadru care interzice definitiv o întoarcere spre comunism”[5]. Menţionarea în mod expres a unui set de valori are, printre altele, şi rolul de a reflecta o schimbare a valorilor de susţinere ale sistemului legal. Or, chiar dacă evoluţia regimului comunist în fiecare ţară a fost sinuoasă, existând încercări de reformare a sistemului totalitar, de „liberalizare” şi diversificarea opţiunilor, câteva trăsături esenţiale ale perioadei 1945- 1989 definesc forma şi conţinutul regimului, iar printre acestea se numără distrugerea valorilor ce ţineau de demnitatea umană şi, mai ales, proprietatea individuală, suprasolicitarea mecanismelor restrictive şi coercitive de reglementare a conduitelor indivizilor[6]. Regimul comunist achiesa la un set de valori şi de norme colectiviste, neglijându-le în mod voit pe cele individuale (demnitatea, libertatea şi proprietatea). Sunt aspecte care s-au reflectat în dispoziţiile Constituţiilor comuniste. Or, art.1 alin. (3) din Titlul I - „Principii Generale” din Constituţia din 1991 avea următorul conţinut: „România este stat de drept, democratic şi social, în care demnitatea omului, drepturile şi libertăţile cetăţenilor, libera dezvoltare a personalităţii umane, dreptatea şi pluralismul politic, reprezintă valori supreme şi sunt garantate”. La punctul 1(1) din Legea de revizuire a Constituţiei României nr. 429/2003[7] s-a prevăzut adăugarea la acest alineat a sintagmei „tradiţiile democratice ale poporului român şi idealurilor Revoluţiei din Decembrie 1989”, iar la punctul 1(2) din Legea de revizuire a Constituţiei României nr. 429/2003, au fost introduse alin. (4) la art. 1 din Constituţie privind principiul separaţiei şi echilibrului puterilor legislativă, executivă şi judecătorească şi alin. (5) la art. 1 din Constituţie privind respectarea Constituţiei şi a supremaţiei sale.

Constituţia din 1991 consacră demnitatea umană şi libera dezvoltare a personalităţii umane ca valori supreme, iar Titlul II din Constituţie- „Drepturile, libertăţile şi îndatoririle fundamentale” începe cu art. 15 care consacră principiul universalităţii drepturilor şi libertăţilor. Universalitatea drepturilor presupune pe plan raţional atribuirea drepturilor tuturor fiinţelor umane, ele fiind purtătoarele unei pretenţii de validitate generală din cauza criteriilor morale care le fondează; pe plan temporar, presupune că aceste drepturi sunt generale şi abstracte; şi pe plan spaţial, universalitatea sugerează extinderea culturii drepturilor omului la toate societăţile politice, fără excepţie[8].

---

[5] Ghe. Dumitraşcu, Stenograma şedinţei din 13 februarie 1991, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea a II-a, nr. 1 din 15 februarie 1991, *Geneza Constituţiei României 1991.Lucrările Adunării constituante*, Regia Autonomă “Monitorul Oficial”, Bucureşti, 1998, p.69.

[6] Pentru detalii, a se vedea A. Banciu, *Istoria constituţională a României. Deziderate naţionale şi realităţi sociale*, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2001, p. 363.

[7] Monitorul Oficial nr. 669 din 22 septembrie 2003.

[8] G.Peces-Barba, *Théorie générales des droits fondamentaux*, L.G.D.J., Paris, 2004, p. 271, apud. Dănişor D.C., *Drept constituţional şi instituţii politice. Vol. I. Teoria generală*, Editura Sitech, Craiova, 2006, p. 617.

Introducerea conceptului demnităţii umane ca valoare supremă a statului român are cu siguranţă această dimensiune simbolică, de a marca ruptura de trecutul comunist, de a sublinia refuzul de întoarcere înapoi[9]. Relaţiile dintre stat şi individ sunt puse pe baze conceptuale total diferite faţă de cele care existau în comunism, răsturnându-se raportul individ – putere politică existent în totalitarism. Acesta a fost unul dintre elementele de noutate cele mai semnificative ale Constituţiilor postcomuniste. De altfel, instanţa de contencios constituţional română arată în Decizia nr. 117 din 21 noiembrie 1995[10] că „intrarea în vigoare a Constituţiei din 1991 schimbă fundamental relaţia dintre autoritatea de stat şi cetăţean, aspect care rezultă expres din scara valorilor supreme consacrate de art. 1 alin. (3) din Constituţie". Prezenţa demnităţii umane şi a liberei dezvoltări a personalităţii umane ca valori supreme la nivel constituţional în sistemul de drept românesc tinde să evite o preponderenţă valorică a întregului social în raport cu indivizii ce îl compun, adică să evite ambele forme de totalitarism[11].

Sovieticii şi-au impus controlul asupra Europei Centrale şi de Est după cel de-al doilea război mondial prin „transformarea" instituţiilor tradiţionale pentru a se realiza înfăptuirea „democraţiei populare", ca formulă de tranziţie între democraţia burgheză şi socialismul matur[12]. Comuniştii s-au străduit să-şi întemeieze noile regimuri pe legi fundamentale a căror analiză reflectă o legătură strânsă între conţinutul tuturor Constituţiilor din Europa Centrală şi de Est şi alinierea lor la modelul Constituţiei sovietice din 1936[13].

Hans von Mangoldt, într-un studiu cu privire la drepturile omului în ţările care erau membre ale Pactului de la Varşovia între 1971 şi 1989, afirma despre conceptul comunist de drepturi: „Conform concepţiei comuniste, drepturile fundamentale, şi de asemenea obligaţiile fundamentale ale cetăţenilor care sunt văzute ca fiind inseparabil legate de ele, sunt acordate de către stat, şi sursa lor legală trebuie să fie găsită în exclusivitate în legea statului, de obicei în Constituţie. Drepturile fundamentale şi obligaţiile fundamentale sunt concepute pentru a stabili statutul legal fundamental al cetăţeanului, în principiu, relaţia fundamentală între comunitate şi individ în condiţiile statului socialist şi ordinii sociale. Acordarea de drepturi şi impunerea de obligaţii de către stat, aşa cum este pretins, are loc în conformitate cu nevoile societăţii socialiste şi interesele personalităţii individuale; criteriul pentru a stabili standardele legale este mecanismul istoric obiectiv de dezvoltare a societăţii aşa cum este recunoscut de marxism-leninism"[14]. Constituţia din 1991 a determinat o schimbare de direcţie. După cum a spus deputatul Vasile Gionea, în cadrul dezbaterilor din Adunarea Constituantă, drepturile fundamentale sunt acordate şi minorităţilor naţionale deoarece „pentru o perioadă de peste 4

[9] În linia celor expuse, Stu Woolman remarca: „Curtea Constituţională a Africii de Sud recunoaşte că istoria demnităţii este o istorie a lumii de după cel de-al doilea război mondial. Nu este nici un accident că demnitatea ocupă un loc central în jurisprudenţa constituţională germană: „demnitatea este cealaltă parte a lui niciodată din nou". Tot aşa cum germanii au promis să nu mai bage oamenii cu lopata în sobe, sud-africanii au promis ca niciodată să nu mai trateze oamenii ca pe vite, care urmează să fie trimise la bantustan sau să fie sacrificaţi în miezul nopţii. Demnitatea, precum sintagma „niciodată să nu se repete", acum ar putea să aibă o semnificaţie nouă şi mai profundă după al Treilea Reich şi apartheid. Dar, demnitatea precum „niciodată din nou" ... a fost de fapt lozinca tot timpul. În cele din urmă, lozinca se întoarce mereu la primele principii: refuzul de a se întoarce înapoi". A se vedea Stu Woolman, The Architecture of dignity, disponibil pe www.scrib.com/doc/153619262/Papers-Woolman3, accesat la 14.09. 2014.

[10] Monitorul Oficial nr. 27 din 6 februarie 1996.

[11] D.C. Dănişor, *Libertatea în capcană. Aporii ale justiţiei constituţionale,* Editura Universitaria, Craiova şi U.J., Bucureşti, 2014, p.59.

[12] A. Banciu, *Istoria constituţională a României. Deziderate naţionale şi realităţi sociale,* Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2001, p. 291.

[13] J. F. Soulet, *Istoria comparată a statelor comuniste din 1945 până în zilele noastre*, Editura Polirom, Iaşi, 1998, p.60.

[14] H. Mangoldt, *The communist concept of civil rights and human rights under international law*, în Brunner G., Before reforms: human rights in the Warsaw Pact States, 1971-1988, London, Hurts and Co, 1990, p.32.

decenii, poporul nostru a fost lipsit de drepturile fundamentale ale omului. Erau înscrise, este adevărat, în Constituţia lui Ceauşescu; foarte multe erau, dar nu se respecta nici unul. Această Constituţie era făcută pentru străinătate şi nu pentru cetăţenii României"[15]. De asemenea, s-a arătat că „Titlul al II-lea din Proiectul de Constituţie (...) ne introduce în lumea liberă a Europei (...) pentru că după 50 de ani de istorie prefabricată (...) răspândeşte, dă la parte toate produsele orientale ale totalitarismului. (...) În România, vreme de 50 de ani, individul nu a existat, iar dacă a îndrăznit să existe a fost numaidecât demobilizat, penalizat şi aruncat în puşcărie (...)"[16]. Tot ca element de noutate, actuala Constituţie permite revizuirea numai în sensul ameliorării regimului juridic al unor drepturi fundamentale deja consacrate şi al adăugării altora noi, la lista celor deja existente. În această sens, alin. (2) din cuprinsul art. 152 din Constituţie are următorul conţinut: „De asemenea, nicio revizuire nu poate fi făcută dacă are ca rezultat suprimarea drepturilor şi a libertăţilor fundamentale ale cetăţenilor sau a garanţiilor acestora".

Insistenţa pe persoana umană şi pe caracterul inerent al drepturilor a marcat o îndepărtare de conceptul comunist de drepturi, care erau centrate pe societate şi pe atingerea unor scopuri sociale. De altfel, în doctrina din perioada comunistă s-a precizat clar că „Prin drepturi fundamentale se înţeleg drepturile prevăzute de Constituţia Republicii Socialiste România pe baza căreia se asigură cetăţenilor participarea activă la viaţa politică, economică şi culturală a statului, în interesul lor şi al constituirii socialismului"[17]. Oamenii se nasc cu drepturi pe care pot să le utilizeze în scopul de a-şi realiza potenţialul şi de a atinge anumite scopuri personale. În această direcţie, Pactul internaţional cu privire la drepturile civile şi politice precum şi Pactul internaţional cu privire la drepturile economice, sociale şi culturale, ambele ratificate de România la 31 octombrie 1974, prevăd în Preambul că aceste drepturi decurg din demnitatea inerentă persoanei umane, iar statele au obligaţia de a promova respectarea universală şi efectivă a drepturilor şi libertăţilor omului. În acest sens este şi discursul profesorului Ioan Muraru, raportor al Comisiei de redactare a Proiectului de Constituţie a României: „Evoluţia instituţiei drepturilor omului a cunoscut declaraţii de incontestabilă valoare morală, politică şi juridică, precum Declaraţia de independenţă a Statelor Unite, Declaraţia franceză a drepturilor omului şi cetăţeanului, Proclamaţia de la Izlaz, Declaraţia Universală a Drepturilor Omului, cele două pacte internaţionale privitoare la drepturile omului, Carta de la Paris. Toate aceste declaraţii, pacte şi carte afirmă un adevăr de netăgăduit şi anume acela că fiinţele umane se nasc libere, egale în demnitate şi în drepturi (...)"[18].

De asemenea, profesorul Antonie Iorgovan, în cadrul dezbaterilor preliminare, a subliniat într-o frumoasă pledoarie că la întocmirea proiectului de Constituţie „s-au avut în vedere tradiţiile constituţionale democratice ale ţării noastre, printre care şi cele reflectate în Constituţia din 1923, principiile constituţionale moderne, ce stau la baza, îndeosebi, a regimurilor democraţiei europene, pactele şi convenţiile internaţionale privind consacrarea şi garantarea drepturilor şi libertăţilor omului, precum şi aspiraţiile şi idealurile Revoluţiei din

[15] Stenograma şedinţei din ziua de 27 februarie 1991, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea a II-a, nr. 2 din 1 martie 1991, *Geneza Constituţiei României 1991. Lucrările Adunării constituante*, Regia Autonomă „Monitorul Oficial", Bucureşti, 1998, p.80.

[16] D. Lăzărescu, Stenograma Şedinţei din 12 martie 1991, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea a II-a, nr. 4 din 14 martie 1991, *Geneza Constituţiei României 1991. Lucrările Adunării constituante*, Regia Autonomă "Monitorul Oficial", Bucureşti, 1998, p.199.

[17] Ghe. Penculescu (coord.), Principii de drept, Editura Ştiinţifică, Bucureşti, 1958, p. 70.

[18] Stenograma Sedinţei din 12 martie 1991, publicată în Monitorul Oficial Al României, Partea a II-a, nr. 4 din 14 martie 1991, *Geneza Constituţiei României 1991. Lucrările Adunării constituante*, Regia Autonomă „Monitorul Oficial", Bucureşti, 1998, p.196.

decembrie 1989" şi atrăgea atenţia asupra conştientizării faptului că „în societatea pe care o edificăm în România, demnitatea omului, drepturile şi libertăţile cetăţenilor, libera dezvoltare a personalităţii acestora, ordinea constituţională, egalitatea juridică, justiţia şi pluralismul politic sunt valori supreme"[19]. Constituţionalizarea valorilor se înscrie într-un sentiment general european înregistrat după cel de-al doilea Război Mondial de distanţare de pozitivismul strict. Constituţionalizarea valorilor nu înseamnă faptul că ele sunt create de către constituantă, ci că sunt recunoscute şi garantate de textul Legii Fundamentale[20]. Prezenţa valorilor supreme are drept consecinţă faptul că interpretului legii i se impune obligaţia de a le respecta, adică acesta nu poate nici să le ignore, nici sa le înlocuiască cu altele.

Profesorul Ioan Deleanu a subliniat că în organizarea politică a societăţii, sunt preeminente următoarele repere: în primul rând, partajarea prerogativelor puterii, relativa autonomie a organelor statului şi interdependenţa acestora, astfel încât nici una dintre autorităţile publice să nu poată aspira la omnipotenţă ori să poată aluneca spre voluntarism şi aroganţă; în al doilea rând, constituirea unui stat de drept şi democratic în care demnitatea omului, drepturile şi libertăţile cetăţenilor, libera dezvoltare a personalităţii acestora, ordinea constituţională, egalitatea juridică, justiţia, pluralismul politic sunt valori supreme; faptul că nici un privilegiu nu este admis în beneficiul uneia dintre categoriile sociale. Sunt eliminate astfel „ierarhizările valorice arbitrare între clasele sociale, exclusivismul în conducerea societăţii, marginalizarea unor categorii de persoane"[21]. Într-un alt discurs, s-a arătat că „(...) în anteproiectul Constituţiei României, regăsim sinteza gândirii şi experienţei universale, care recunoaşte omul drept valoare fundamentală a comunităţii internaţionale. Sunt idei izvorâte din marile documente ale istoriei, prin care ideea de legiferare a drepturilor şi libertăţilor omului şi-a făcut cu brio drum spre epoca modernă. (...) generaţiile ce ne vor urma vor avea consfiinţite pentru totdeauna şi integritatea fiinţei umane, şi condiţiile pentru ca garanţiile acestea să nu sufere atingerea niciodată şi din partea nimănui"[22].

Juan J. Linz şi Alfred Stepan au subliniat un element care a caracterizat perioada de tranziţie, respectiv „influenţele fără precedent". În opinia lor, „Când plasăm din perspectivă comparativă tranziţiile din Uniunea Sovietică şi din ţările din Europa central-estică, foste ale Pactului de la Varşovia (Polonia, Ungaria, Cehoslovacia, Republica Democrată Germană, România şi Bulgaria), una dintre trăsăturile distinctive priveşte variabila pe care o numim influenţa internaţională"[23]. Importarea legii din statele vestice a fost una dintre trăsăturile tranziţiilor statelor postcomuniste. S-a preluat terminologia legală vestică, instituţii juridice şi drepturi care existau în alte democraţii liberale. Printre explicaţiile posibile se numără şi faptul că statele foste comuniste s-au aflat sub presiunea timpului, străduindu-se să ajungă

[19] Stenograma şedinţei din 13 februarie 1991, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea a II-a, nr. 1 din 15 februarie 1991, *Geneza Constituţiei României 1991. Lucrările Adunării constituante*, Regia Autonomă „Monitorul Oficial", Bucureşti, 1998, p.56 şi urm.

[20] P. Lucas Verdú*, Dimensión axiological de la Constitución*, p.92.

[21] Stenograma şedinţei din 13 februarie 1991, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea a II-a, nr. 1 din 15 februarie 1991, *Geneza Constituţiei României 1991.Lucrările Adunării constituante*, Regia Autonomă „Monitorul Oficial", Bucureşti, 1998, p.63. Articolul 26 din Constituţia Republicii Socialiste România din 1965 stabilea o categorie de cetăţeni mai presus de restul: membrii partidului comunist. Potrivit acestui articol, „Cetăţenii cei mai înaintaţi şi mai conştienţi din rândurile muncitorilor, ţăranilor, intelectualilor şi ale celorlalte categorii de oameni ai muncii se reunesc în Partidul Comunist Român, cea mai înaltă formă de organizare a clasei muncitoare, detaşamentul ei de avangardă".

[22] *ibid*, p.200, Stenograma şedinţei din 12 martie 1991, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea a II-a , nr. 4 din 14 martie 1991.

[23] J.J.Linz, A.Stepan, *Problems of democratic transition and consolidation: Southern Europe, South America and Post-communist Europe*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1996, pp. 235- 236.

într-o perioadă scurtă de timp la acelaşi nivel al dreptului cu statele vestice, care nu fuseseră supuse o perioadă atât de îndelungată comunismului.

Elaborarea Constituţiei României a fost influenţată de modelul constituţiilor vestice. Comisia de redactare a avut întâlniri cu peste 20 de delegaţii internaţionale, în ţară şi în străinătate, ţinându-se seama de observaţiile şi sfaturile primite. Numeroase instituţii internaţionale, organizaţii neguvernamentale, fundaţii au fost alături de statele din Europa centrală şi de est în perioada de tranziţie. La acestea s-au adăugat experţi, profesori eminenţi şi specialişti cu care s-a discutat la începutul anilor 1990. Membrii Adunării Constituante au înţeles rolul pe care îl puteau avea constituţiile moderne din Europa în alinierea legislaţiei româneşti la cea a ţărilor cu tradiţie democratică. În cadrul dezbaterilor parlamentare, s-a precizat că în acest caz „ (...) nu este vorba de a copia, nu este vorba de a imita. (...) Dar este firesc să folosim experienţa altora, deşi uneori se vede că este foarte greu şi mi se pare că cineva a spus că este greu, dacă nu imposibil de transmis experienţa. Să încercăm totuşi”[24]. O parte dintre parlamentarii care au intervenit în dezbatere au subliniat însă necesitatea de a elabora o Constituţie conformă cu realitatea românească, chiar dacă se ţine seama de experienţa altor state. Astfel, profesorul Antonie Iorgovan a insistat că, în ceea priveşte adoptarea modelului constituţional al altor ţări, „Constituţia prin definiţie” trebuie „să exprime, metaforic vorbind, sufletul fiecărui popor şi să fie o expresie firească a istoriei sale”[25].

Membrii Comisiei de redactare a proiectului de Constituţie au avut în vedere 53 de constituţii: Constituţia Algeriei, Angolei, Austriei, Australiei, Argentinei, Belgiei, Braziliei, Botswanei, Canadei, R.P. Chineze, Chile, Columbiei, Ciprului, Cubei, R.P.D. Coreene, Costa Rica, Danemarcei, Elveţiei, Egiptului, Finlandei, Filipinelor, Franţei, Greciei, Germaniei, Italiei, Indiei, Indoneziei, Israelului, Iordaniei, Iranului, Japoniei, Libanului, Luxemburgului, Maltei, Mexicului, Mozambicului, Norvegiei, Olandei, Poloniei, Portugaliei, Peru, Suediei, Somaliei, Siriei, Spaniei, S.U.A., Turciei, Tunisiei, Thailandei, Ungariei, Iugoslaviei, Noii Zeelande şi Zimbabwe. Dintre acestea, membrilor Adunării Constituante le-au fost oferite în traducere un număr de 9 constituţii străine şi anume: Constituţia Suediei, Belgiei, Portugaliei, Spaniei, Franţei, Ungariei, Italiei, Elveţiei şi S.U.A.

Deliberarea şi decizia cu privire la unele dintre teze au fost influenţate şi de prezentarea soluţiilor desprinse din discuţiile cu profesorii străini pe marginea aspectelor spinoase, din documentarea la faţa locului a specialiştilor din Comisia de redactare în legătură cu unele instituţii ce se voiau a se introduce, iar trimiterile la dreptul comparat s-au făcut în mod repetat. Un prim exemplu în acest sens este punctul de vedere general acceptat ca structurare constituţională a unui catalog al drepturilor şi libertăţilor fundamentale, dată fiind importanţa lor. De asemenea, pentru a fi inclusă în Constituţie instituţia avocatului poporului, este elocventă poziţia profesorului Ioan Leş care a evidenţiat consacrarea acestei instituţii şi în alte state: toate ţările scandinave, Republica Federală Germania, Marea Britanie, Irlanda de Nord, Franţa, Italia, Portugalia, Austria, Spania, Polonia, Australia, Noua Zeelandă, India, Israel, Canada şi intervenţia în dezbaterile în Constituantă a profesorului Mihai Constantinescu, din partea Comisiei de redactare a proiectului de Constituţie: „Fiind o instituţie care s-a răspândit în aproape toate ţările democratice, să fie oare toate aceste ţări într-o greşeală imensă, să nu-şi dea seama că fac un lucru inutil? Este adevărat că noi nu o

[24] În acest sens, discursul lui Emil Tocaci în Stenograma şedinţei din 12 martie 1991, publicată în Monitorul Oficial, Partea a II-a, nr. 4 din 14 martie 1991, *Geneza Constituţiei României 1991. Lucrările Adunării constituante*, Regia Autonomă „Monitorul Oficial”, Bucureşti, 1998, p.214.
[25] *Ibidem*, p.56

avem în tradiţia noastră, dar daţi o şansă poporului roman să încerce să o asimileze”[26]. Argumentele de drept comparat au fost invocate în dezbaterile privind Curtea Constituţională şi Consiliul Economic şi Social, introduse prin Constituţia din 1991.

Au fost prezentate Constituantei nu numai dispoziţiile constituţiilor străine ci şi diferite acte normative ale altor state. De pildă, în susţinerea ideii introducerii unui prag electoral, unul dintre membrii Adunării Constituante făcea apel la modelul german: „Regimul parlamentar german ca şi cel italian dăinuiesc de patruzeci şi ceva de ani în condiţii excepţionale, cum durează şi cele două, anglo-saxone. Legea electorală germană din 1948, concepută de înţelepciunea unuia dintre cei mai mari oameni politici ai secolului nostru, cancelarul Konrad Adenauer, a limitat dreptul de acces în parlamentul Reichstag la partidele care obţin minim 5 la sută din voturile valabil exprimate”[27]. Uzând de acest argument, deputatul P.N.L. Dan Amadeo Lăzărescu a propus un amendament conform căruia se limita dreptul de acces numai la Camera Deputaţilor, la partidele care obţineau minim 2 la sută din voturile valabil exprimate.

Nu în ultimul rând, la elaborarea noii Constituţii, s-a ţinut cont şi de instrumentele juridice internaţionale ratificate de România. Este elocventă în acest sens propunerea ca pedeapsa cu moartea să fie interzisă pe timp de pace, cât şi de război, prin Legea nr. 19/1990[28], România aderând la Convenţia împotriva torturii şi a altor pedepse ori tratamente cu cruzime, inumane sau degradante[29], adoptată la New-York la 10 decembrie 1984.

III. Concluzii

Naşterea noului sistem legal şi tranziţia postcomunistă furnizează neîndoielnic un teren fertil şi vast de reflecţie. Reiese din cele dezvoltate anterior focusarea atenţiei de către Comisa de redactare a proiectului de Constituţie şi de către Adunarea Constituantă pe precedentele constituţionale româneşti, pe prevederile a câtorva zeci de constituţii străine, pe pactele şi tratatele internaţionale la care România a fost parte, pe idealurile şi aspiraţiile Revoluţiei române. Prin adoptarea noii Constituţii, relaţia individ-stat se modifică în mod radical, centralitatea persoanei umane ca titulară a drepturilor în statul constituţional fiind concepută ca o afirmare a omului ca valoare universală, a statului în serviciul omului.

Bibliografie:

1.Banciu Angela, *Istoria constituţională a României. Deziderate naţionale şi realităţi sociale*, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2001.

2.Brunner Georg, *Before reforms: human rights in the Warsaw Pact States, 1971-1988*, London, Hurts and Co, 1990.

3.Dănişor Dan Claudiu, *Libertatea în capcană. Aporii ale justiţiei constituţionale,* Editura Universitaria, Craiova şi U.J., Bucureşti, 2014.

4.Dănişor Dan Claudiu, *Drept constituţional şi instituţii politice. Vol. I. Teoria generală*, Editura Sitech, Craiova, 2006.

5.Dobner Petra, Loughlin Martin, The Twilight of Constitutionalism?, Oxford University Press, 2010.

6.Geneza Constituţiei României 1991. Lucrările Adunării constituante, Regia Autonomă “Monitorul Oficial”, Bucureşti, 1998.

7.Linz Juan J., Stepan Alfred, *Problems of democratic transition and consolidation: Southern Europe, South America and Post-communist Europe*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1996.

[26] *Ibidem*, p. 272.
[27] *Ibidem*, p.166.
[28] Monitorul Oficial nr. 112 din 10 octombrie 1990.
[29] Art. 22 (3) din Constituţie normează interzicerea pedepsei cu moartea.

8.Lucas Verdú Pablo, *Dimensión axiological de la Constitución*.
9.Penculescu Gheorghe (coord.), *Principii de drept*, Editura Ştiinţifică, Bucureşti, 1958.
10.Soulet Jean-Francois, *Istoria comparată a statelor comuniste din 1945 până în zilele noastre*, Editura Polirom, Iaşi, 1998
11.Constituţia României.
12.Legea de revizuire a Constituţiei României nr. 429/2003.
13.Legea nr. 19/1990 pentru aderarea României la Convenţia împotriva torturii şi a altor pedepse ori tratamente cu cruzime, inhumane sau degradante.
14.Decretul-lege nr. 92 din 14 martie 1990 pentru alegerea Parlamentului şi Preşedintelui României.

My contribution to this work was supported by the strategic grant POSDRU/159/1.5/S/141699, Project ID 141699, co-financed by the European Social Fund within the Sectorial Operational Program Human Resources Development 2007-2013.

CAUSES AND WAYS OF DISSOLUTION OF THE EUROPEAN ECONOMIC INTEREST GROUPING

Carmen Bărbieru, PhD Student, "Al. Ioan Cuza" University of Iași

Abstract: The article seeks to privide an analysis of the causes and ways of dissolution of the European Economic Interest Grouping.
Created in order to overcome the legal, fiscal and psychological barriers of cross-border cooperation, the European Economic Interest Grouping ceases to exist due to its dissolution.
Dissolution is an intermediary phase in the cessation of this legal structure and results in the liquidation of the grouping capital. During the dissolution the European Economic Interest Grouping retains its legal capacity, but its normal activity ends.
The analysis of the causes and the ways of the dissolution of the European Economic Interest Grouping involves two aspects: the provisions of the specific regulations and the provisions of the contract for the formation of the grouping.

Keywords: Regulation; national legislation; group; causes of dissolution; ways dissolution.

1. Precizări prealabile

Grupul european de interes economic își încetează existenta ca persoană juridică și ca urmare a dizolvării sale. Procesul de încetare a existenței grupului european de interes economic implică o serie de operațiuni care pot fi grupate în două etape, obligatorii pentru acest proces.

Dizolvarea este prima etapă a acestui proces și în cadrul ei au loc operațiunile care declanșează acest proces și constituie premisa celei de a doua etape, respectiv lichidarea grupului. Operațiunile specifice dizolvării sunt cele referitoare la decizia de dizolvare a grupului și la publicitatea acestei decizii.

Dizolvarea grupului european de interes economic este o etapă intermediară în procesul de încetare a acestuia ca persoană juridică și are ca efect lichidarea patrimoniului grupului. Etapa dizolvării, fiind distinctă de cea a lichidării trebuie parcursă în mod obligatoriu și distinct de aceasta. În etapa dizolvării personalitatea juridică a grupului nu este afectată, însă dizolvarea pune capăt activității normale a grupului.

Analiza cauzelor de dizolvare implică atât analiza cauzelor reglementate de Regulamentul nr. 2137/1985, cât și a celor stabilite în contractul de constituire.

2. Cauze de dizolvare prevazute de Regulamentul nr. 2137/1985

2.1. Împlinirea termenului stabilit pentru durata grupului european de interes economic

Constituirea unui grup european de interes economic se poate face pe o durată determinată sau nedeterminată. Dizolvarea grupului european de interes economic fundamentată pe această cauză reprezintă o consecință directă a voinței membrilor, care au hotărât la momentul constituirii grupului că acesta își va înceta existența la data împlinirii termenului stabilit pentru durata grupului.

Efectul dizolvării grupului european de interes economic constituit pe durată determinată poate fi înlăturat de membrii acestuia printr-o decizie de prelungire a duratei, aceasta putând fi una determinată sau nedeterminată, decizie ce trebuie să intervină anterior împlinirii termenuluabiliti. În acest sens, în cuprinsul contractului constitutiv al grupului,

inspirându-se după modelul societăților reglementate de Legea nr.31/1990, membrii grupului pot prevedea obligativitatea consultării membrilor cu privire la prelungirea duratei grupului cu o anumită perioadă, stabilită prin voința lor, înainte de împlinirea termenului. O atare opțiune implică și prevederea în cuprinsul actului constitutiv și a eventualelor soluții ce pot fi aplicate în cazul apariției unor blocaje datorate lipsei consultării membrilor cu privire la acest aspect. Astfel că, membrii pot stabili că, dacă administratorii sau administratorul nu realizează această consultare, ea să poată fi organizată la inițiativa oricărui membru.

Decizia de prelungire a duratei grupului peste termenul stabilit în contractul constitutiv al grupului trebuie laută de membrii grupului cu respectarea dispozițiilor art. 17 alin. (2) lit. d) din Regulament, adică în unanimitate. În situația în care membrii grupului nu adoptă o asemenea decizie în termen de trei luni de la împlinirea termenului stabilit în contract, oricare membru poate cere instanței competente dizolvarea grupului [art.31 alin. (2) ultima teză din Regulament].

2.2. Îndeplinirea obiectivelor grupului sau imposibilitatea de a le continua

Așa cum rezultă din dispozițiile art. 3 din Regulament și ale art. 233 alin. (1) din Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției obiectivul grupului european de interes economic este acela de a facilita sau dezvolta activitatea economică a membrilor săi și de a o îmbunătăți ori spori rezultatele acestor activități. Scopul său nu este acela de a obține profit pentru el însuși.

În practică există posibilitatea ca grupul european de interes economic să se constituie pentru realizarea unuia sau a mai multor obiective a căror indeplinire este limitată în timp (de exemplu, cumpărarea unui bun de o valoare mai mare sau obținerea unor proiecte de finanțare pentru cercetarea în domenii determinate). Problema dizolvării grupului în cazul unei pluralități de obiective se ridică doar în situația în care au fost îndeplinite toate.

Imposibilitatea de a continua obiectivele pentru care a fost constituit grupul constituie și ea o cauză de dizolvare a acestuia. Aceasta poate fi una de natură materială (de exemplu bunul ce trebuia cumpărat a pierit) sau de natură juridică (licitația publică a fost anulată prin sentință judecătorească).

Deoarece atât imposibilitatea continuării obiectivelor grupului, cât și realizarea acestora sunt chestiuni de fapt, ele trebuie dovedite pentru a justifica o asemenea măsură, cu efecte juridice atât de importante. Interpretarea situațiilor care pot fi apreciate ca reprezentând o imposibilitate a continuării obiectivelor grupului, la fel ca și în cazul societăților cu scop lucrativ, poate duce în practică la lipsa de unitate a soluțiilor, revenind instanțelor de judecată misiunea de a aprecia, de la caz, la caz temeinicia interpretării (*exempli gratia*, neînțelegerile grave dintre membri, care împiedică desfășurarea activității grupului pot conduce la imposibilitatea realizării obiectivului său)[1].

2.3. Nerespectarea dispozițiilor art. 4 alin. (2) din Regulament

Potrivit art.31 alin.(3) din Regulament grupul european de interes economic trebuie să fie dizolvat și în cazul în care condițiile stabilite de art. 4 alin.(2) din Regulamaent nu mai sunt îndeplinite. Situațiile practice care atrag dizolvarea societății pe acest temei privesc: numărul minim de membri și condiția multinaționalității.

Referitor la condiţia numărului minim de membri, grupul european de interes economic trebuie să cuprindă cel puţin doi membri, care pot fi:

(a) societăți comerciale, precum și alte entități juridice de drept public sau privat, constituite în conformitate cu legislația unui stat membru și care își are sediul statutar

[1] A se vedea C.-M. Letea, *Dizolvarea și lichidarea societăților comerciale*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p.160.

sau legal şi administraţia centrală în Uniunea Europeană; în cazul în care, în conformitate cu legislaţia unui stat membru, o societate sau altă entitate juridică nu este obligată să aibă un sediu statutar sau legal, este suficient ca societatea sau altă entitate juridică să aibă administraţia centrală în Uniunea Europeană;

(b) persoane fizice care exercită orice activitate industrială, comercială, meşteşugărească ori agricolă, o profesiune liberală sau servicii de altă natură în Uniunea Europeană.

Pe lângă această condiţie a numărului minim de membri, pentru constituirea grupului european de interes economic mai trebuie îndeplinită şi condiţia referitoare la multinaţionalitate, potrivit căreia membrii trebuie să îşi aibă administraţia centrală în state membre diferite, dacă sunt societăţi sau alte entităţi juridice sau, în cazul persoanelor fizice, să îşi desfăşoare activităţile principale în state membre diferite. Cetăţenia persoanei fizice nu prezintă relevanţă cu privire la dobândirea calităţii de membru al grupului european de interes economic, ci doar criteriul legat de locul desfăşurării activităţii. Astfel că, o persoană fizică care nu este cetăţean al unui stat membru al Uniunii Europene poate fi membru al unui astfel de grup, dacă îşi desfăşoară activitatea principală într-un stat membru.

Ceea de-a doua exiguitate are la bază scopul pentru care a fost creat instrumentul juridic şi anume acela de a facilita cooperarea transfrontalieră. Întrucât cooperarea transfrontalieră nu poate exista decât între cel puţin doi membri aparţinând unor state membre diferite, această cerinţă se încadrează în dezideratul avut în vedere de Comunitatea Economică Europeană la data adoptării regulamentului.

În ipoteza în care condiţiile prevăzute de art. 4 alin. (2) din Regulament nu mai sunt îndeplinite, instanţa la cererea oricărei persoane interesate sau a unei autorităţi competente, trebuie să dispună dizolvarea unui grup.

2.4. Încălcarea dispoziţiilor art. 3 din Regulament

Dizolvarea grupului european de interes economic intervine şi în cazul nerespectării dispoziţiilor art.3 din Regulament, ce se referă la obiectivul grupului, la caracterul auxiliar al acestia faţă de activitatea desfăşurată de memebri şi la o serie de interdicţii derivând din acestea.

Obiectivul grupului, aşa cum am indicat anterior, este acela de facilita sau dezvolta activitatea economică a membrilor săi şi de a îmbunătăţi ori spori rezultatele acestor activităţi, scopul său nefiind acela de a obţine profit pentru el însuşi. Din dispoziţiile art. 3 alin. (1) din Regulament mai rezultă că grupul trebuie să aibă, asemeni membrilor săi, o activitate economică. Termenul de activitate economică trebuie înţeles într-un sens cât mai larg, putând îngloba activităţi de cercetare, de formare, de prospectare de noi pieţe, etc. Sunt excluse doar activităţile voluntare[2].

Activitatea grupului european de interes mai trebuie să fie şi legată de activitatea economică a membrilor săi şi nu poate avea decât un caracter auxiliar acestei activităţi. Folosirea expresiei „legată de activitatea economică" relevă faptul că activitatea grupului nu poate fi total independentă de cea a membrilor săi, grupul neputând fi constituit pentru a desfăşura o activitate care să nu prezinte nicio legătură cu cea a membrilor săi . Aceasta trebuie să fie o activitate complementară.

Caracterul auxiliar presupune ca această activitate să nu se substituie celei desfăşurate de membrii săi sau să nu fie înglobată în totalitate. Regulamentul nu interzice grupului european de interes economic să absoarbă complet, dar temporar, anumite activităţi ale membrilor săi.

Acest caracter de auxiliaritate denotă faptul că grupul european de interes economic nu poate fi constituit decât asemeni unei structuri juridice de cooperare şi nu de integrare. În

[2] A se vedea M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, 3º édition, Montchrestien, 2011, p.172.

acest sens, art. 3 alin. (2), lit. a) şi b) din Regulament precizează că un grup nu poate să exercite, direct sau indirect, dreptul de a conduce sau controla activităţile propriilor membri sau activităţile unei alte întreprinderi, în special în domeniul resurselor umane. De asemenea, grupul european de interes economic nu poate să deţină, direct sau indirect, cu orice titlu o parte din acţiuni, indiferent în ce formă, într-o întreprindere membră a grupului. Această interdicţie are caracter de generalitate şi vizează toate tipurile de activităţi, dar legiuitorul a crezut de cuviintă să specifice că în special trebuie avute în vedere domeniile referitoare la personal, la finanţe şi la investiţii[3].

Grupul european de interes economic nu poate nici să angajeze mai mult de 500 de persoane. Cu privire la această interdicţie trebuie să menţionăm faptul că ea nu îşi găseşte justificarea în caracterul auxiliar al activităţii grupului în raport cu activitatea desfăşurată de membrii săi, ci are mai degrabă o raţiune politică, în speţă îngrijorarea şi opoziţia Germaniei care nu dorea ca întreprinderile germane să folosească grupul european de interes economic pentru a înlătura aplicaţiile cogestiunii.

De asemenea, grupul nu poate fi folosit de către o societate comercială pentru a face un împrumut pentru directorul unei societăţi comerciale sau pentru oricare persoană aflată în relaţii cu acesta, atunci când aceste împrumuturi sunt restricţionate sau controlate în temeiul legislaţiilor statelor membre privind societăţile comerciale[4]. Redactarea un pic greoaie prin folosirea expresiei ,,pentru a face un împrumut" poate crea confuzii legate de acordarea de către grup a unui împrumut sau de folosirea sa ca intermediar pentru obţinerea unui astfel de împrumut. Pentru a opera această interdicţie este necesar ca împrumutul sau să fie obţinut pentru directorul unei societăţi comerciale sau pentru o persoană care se află într-o relaţie cu acestea, dar doar în situaţia în care aceste împrumuturi sunt restricţionate sau controlate în temeiul legislaţiilor statelor membre privind societăţile comerciale.

Deşi textul Regulamentului stabileşte legătura care trebuie să existe între directorul societăţii şi terţa persoană folosind expresia ,,altă persoană într-o relaţie cu aceasta", apreciem că acest demers este realizat în termeni generali. Identificarea concretă a categoriilor de persoane cărora li se aplică interdicţia făcându-se în temeiul legislaţiei naţionale care reglementează societăţile comerciale[5].

Un grup european de interes economic nu poate fi folosit nici pentru un transfer de proprietate între o societate şi un director sau orice persoană aflată în legătură cu aceasta, în afara cazurilor permise de legislaţia statelor membre privind societăţile. Aceste interdicţii legate de obiectivul grupului au fost prevăzute cu scopul de a împiedica societăţile comerciale să ocolească anumite dispoziţii legale naţionale cu privire la societăţi.

Această limitare a fost solicitată de către autorităţile britanice, care au dorit ca grupul să nu poată fi folosit ca un „trust" pentru a facilita abuzul cu privire la bunurile societăţii[6]. Pentru o cât mai clară interpretare a dispoziţiilor textul precizează în final că împrumutul înseamnă orice operaţiune cu efect similar şi că proprietatea poate fi una mobiliară sau imobiliară.

Grupul european de interes economic nu poate fi nici membru al altui grup european de interes economic.

---

[3] M. Menjucq, *op.cit*., p.173.

[4] Art.3 alin.(2) lit.d) din Regulamentul nr.2137/1985.

[5] Spre exemplu potrivit legislației române, conform art.144[4] din Legea nr.31/1990 în categoria persoanelor care se află în relații cu directorul societății sunt incluși soțul sau soția și rudele ori afinii până la gradul al IV-lea inclusiv ai acestuia

[6] În acest sens a se vedea: M. Menjucq, *op.cit*., p.175, GEIE : aspects pratiques, France et autres pays de la Communauté, Ed. Francis Lefebvre, Paris, 1993, p. 42,

Și în acest caz al nerespectării dispozițiilor art. 3 din Regulament, legiuitorul european prevede posibilitatea regularizării acestei situații. Modalitatea în care aceasta se realizează diferă în funcție de încălcarea care are loc. Regularizarea situației ce poate genera dizolvarea grupului trebuie să intervină până la data la care instanța să fi pronunțat o hotărâre asupra fondului.

2.5. Încălcarea dispozițiilor privind sediul grupului

Nerespectarea regulilor instituite de legiuitorul european cu privire la sediul grupului european de interes economic constituie la rândul său o cauză de dizolvare a grupului european de interes economic. Regulamentul oferă libertate membrilor cu privire la stabilirea sediului grupului atât timp cât sunt respectate cele două condiții cumulative enunțate de art. 12 din Regulament.

Prima condiție se referă la faptul că sediul grupului trebuie să fie situat în Uniunea Europeană. Cea de a doua condiție prevede că sediul trebuie să fie stabilit:

(a) acolo unde grupul își are administrația centrală, fie
(b) acolo unde unul din membrii grupului își are administrația centrală sau, în cazul unei persoane fizice, unde își desfășoară activitatea principală, cu condiția ca grupul să își desfășoare o activitate în acel loc.

2.6. Dizolvarea pentru motive bine întemeiate

Legiuitorul european acordă membrilor grupului posibilitatea de a cere dizolvarea grupului european de interes economic „din motive bine întemeiate". Deoarece Regulamentul nu definește, nici enunțiativ, nici limitativ, noțiunea de motiv bine întemeiat, sarcina aprecierii elementului de „bine întemeiat" revine instanței de judecată.

3. Cauze de dizolvare stabilite în contractul de constituire a grupului

Așa cum am precizat anterior, cauzele de dizolvare a grupului european de interes economic sunt cele reglementate de lege sau stabilite în contractul constitutiv.

Funcție și de spațiul juridic din care provin și de forma lor juridică membrii grupului pot stabili în cuprinsul contractului constitutiv și alte cauze de dizolvare în completarea celor prevăzute în Regulament (de exemplu, scăderea sub un anumit cuantum a capitalului sau a valorii fondurilor care asigură finanțarea grupului). Includerea de către membrii grupului în contractul constitutiv a unor cauze de dizolvare ar trebui însoțită și de o decizie a acestora cu privire la modul de adoptare a hotărârii care să constate această situație.

Dacă membrii nu prevăd cerințele de cvorum și majoritate cu care se iau hotărârile, acestea potrivit art. 17 alin. (3) din Regulament se vor lua cu unanimitate.

4. Modalități de dizolvare

Funcție de criteriul modului în care operează dizolvarea grupului european de interes economic distingem între *dizolvarea voluntară* și *dizolvarea judiciară.*

Deși Regulamentul prevede ca și cauze de dizolvare și cauze care în mod automat atrag dizolvarea în cazul societăților cu scop lucrativ, în cazul grupului european de interes economic nu putem vorbi de o dizolvare de drept întrucât, conform art. 31 alin. (2) din Regulament, este necesară o decizie a membrilor cu rol constatator, urmată de publicitatea aferentă. Pentru a ne găsi în prezența unei dizolvări voluntare este necesar ca decizia membrilor să nu depindă de anumite circumstanțe care să exceadă caracterul voluntar al unei asemenea decizii (de exemplu, îndeplinirea obiectivelor grupului).

Dizolvarea grupului european de interes economic prin voința membrilor săi se face cu respectarea cerințelor de cvorum și majoritate prevăzute în contractul constitutiv al grupului, în absența unei astfel de reglementări contractuale decizia trebuind a fi luată în unanimitate.

Ulterior adoptării deciziei de dizolvare a grupului, administratorul sau administratorii trebuie să o depună la Oficiul Registrului Comerțului pentru a se efectua mențiunea și să o publice în Monitorul Oficial.

Dizolvarea judiciară a grupului european de interes economic intervine ca urmare a pronunțării unei hotărâri de instanța judecătorească.

Soluțiile instanței de judecată cu privire la dizolvarea grupului diferă funcție de cauzele acesteia. Astfel că, în situația în care în termen de trei luni de la apariția uneia din situațiile prevăzute de art. 31 alin. (2) lit. a) și c) din Regulament, membrii nu iau o decizie prin care să constate dizolvarea grupului, această sarcină revine instanței de judecată la cererea oricărui membru.

Dacă însă cauzele de dizolvare constau în nerespectarea dispozițiilor art.3, 12 sau 31 alin. (3) din Regulament rolul instanței este acela de a dispune dizolvarea grupului [art.32 alin. (1) din Regulament]. Cererea poate fi introdusă de orice persoană interesată sau autoritate competentă.

Instanța de judecată nu va putea dispune dizolvarea grupului în ipoteza în care regularizarea situației grupului este posibilă, iar aceasta intervine înainte ca ea să fi pronunțat o hotărâre asupra fondului.

Concluzii

Dizolvarea este prima etapă a procesului prin care grupul european de interes economic își încetează existenta ca persoană juridică. Cauzele de dizolvare a grupului sunt cele reglementate de lege sau stabilite în contractul constitutiv. Deciziile prin care membrii hotărăsc sau constată dizolvarea grupului trebuie luate cu respectarea cerințelor de cvorum și de majoritate prevăzute în contractul constitutiv al grupului, în absența unei astfel de reglementări contractuale decizia trebuind să fie luată în unanimitate.

Funcție de criteriul modului în care operează dizolvarea grupului european de interes economic poate fi o dizolvare voluntară sau o dizolvare ce are loc pe cale judiciară. Soluțiile instanței de judecată cu privire la dizolvarea grupului diferă funcție de cauzele acesteia, decizia instanței având fie rolul de a constata, fie pe acela de a pronunța dizolvarea grupului.

Bibliografie

C. Gheorghe, *Drept comercial european*, Ed. C.H.Beck, Bucureşti, 2009.

B. Lecourt**,** *L'influence du Droit Communautaire sur la Constitution de Groupements*, L.G.D.J., 2000.

D. Lepeltier; É. Buttet, G. Lesguillier, *Les Groupements d'intérêt économique*, GIE, GEIE: régimes juridique et fiscal, formules, textes, GLN Joly, 1990.

F. Lemeunier, *Groupement d'intérêt économique (GIE)*: *groupement européen d'intérêt économique (GEIE)*,editions 10, Dalloz, 1999.

C.-M. Letea, *Dizolvarea și lichidarea societăților comerciale*, Ed. Hamangiu, București, 2008.

M. Luby; F. Pasqualini; V. Pascualini-Salerno, *Droit communautaire des Societes et Groupements*, GLN Joly, 1996.

M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, 3º édition, Montchrestien, 2011.

EQUALITY NATIONAL BODY – ROMANIA CASE

Cătălina-Adriana Ivănuș, PhD Student, Academy of Economic Studies, Bucharest

Abstract: For a better application of principle of equal treatment between women and men in the Member States was deemed necessary introduction of national body or bodies for the promotion, analysis, monitoring and support of equal treatment of all persons without discrimination. EU directives only set guidelines and the member states should establish specific responsibilities of national bodies. Article 20 of Directive 2006/54/EC states that Member States shall designate a body or bodies for the promotion, analysis, monitoring and support of equal treatment of all persons without discrimination on grounds of sex. These bodies may form part of agencies with responsibility at national level for the defence of human rights or the safeguard of individuals' rights.

Keywords: discrimination; equality body; National Council for Combating Discrimination.

EU regulation

Article 20 of Directive 2006/54/EC on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) states that Member States shall designate a body or bodies for the promotion, analysis, monitoring and support of equal treatment of all persons without discrimination on grounds of sex. The competences of these bodies shall include:

(a) providing independent assistance to victims of discrimination in pursuing their complaints about discrimination;

(b) conducting independent surveys concerning discrimination;

(c) publishing independent reports and making recommendations on any issue relating to such discrimination;

(d) at the appropriate level exchanging available information with corresponding European bodies such as any future European Institute for Gender Equality.

The Directive allow that these bodies to form part of agencies with responsibility at national level for the defence of human rights or the safeguard of individuals' rights.

In Romania the national equality body is National Council for Combating Discrimination.

Legal basis

The Council was established by Government Ordinance no. 137 from 31st of August 2000 concerning the prevention and sanction of all forms of discrimination approved through the Law no. 48/2002. Council organization was established by Government Decision no. 1194/2001 on the organization and functioning of the National Council for Combating Discrimination, with further amendments and supplements.

Legal status

Government Ordinance no. 137/2000 provided that the National Council for Combating Discrimination is a specialized body of the central public administration, subordinated to the Government. This status was included in Government Decision no. 1194/2001 on the organization and functioning of the National Council for Combating Discrimination. According to this was specialized body of central public administration subordinated directly to the Government, being organized separately from ministries.

In order to transpose the EU acquis and remove critics of international institutions the legal status of the National Council for Combating Discrimination was amended. The Law no. 324/2006 provides that the National Council for Combating Discrimination is the national authority that investigates and sanctions any discrimination acts, autonomous, with legal personality, under parliamentary control. According to Communication from the Commission on Monitoring report on the state of preparedness for EU membership of Bulgaria and Romania the law on preventing and sanctioning all forms of discrimination, amended meet EU standards related to the independence of the National Council for Combating Discrimination[1].

Role

The Council's purpose is to promote the principle of equality between all citizens. The Council is also responsible for the implementation of Government policy in the field of non-discrimination. In the exercise of its functions, the Council carries out its activities independently, without any restriction or influence from other public institutions or authorities.

In e Decision of the Constitutional Court of Romania no. 1.096 of October 15th 2008[2], the Court state that, among others, that the National Council for Combating Discrimination is an administrative body with jurisdictional attributions, which enjoys the independence necessary for the fulfilment of administrative-jurisdictional act and meets the constitutional disposals. The Council exercises its prerogatives independently, free of any influence of any institution or public authority, with the fulfilment of the disposals of art.1 (4) of the fundamental Law, this consecrates the principle of separation and balance of powers within the constitutional democracy.

The Council is responsible for the application of the Government's policy in the field of anti-discrimination. By law, the Council also monitors the application of equal treatment regarding non-nationals. The Council guarantee compliance and enforcement of non-discrimination principle and aims to implement the principle of equality and to prevent and to combat, acts of discrimination.

Mandate

According to a European Commission study on Equality Bodies there are two categories of equality bodies: predominantly tribunal-type equality bodies and predominantly promotion-type equality bodies. The Romanian National Council for Combating Discrimination can be classified as predominantly tribunal-type.

[1] Communication from the Commission, Monitoring report on the state of preparedness for EU membership of Bulgaria and Romania, Brussels, 26/09/2006, COM (2006) 2.1 Political criteria, Protection and integration of minorities; p. 40

[2] Decision of the Constitutional Court of Romania no. 1.096 of October 15th 2008, published in the Official Gazette no. 795 of November 27th 2008

The set-up of bodies for the promotion of equal treatment of all persons without discrimination on the grounds of sex, race and ethnic origin have change since 2000.

Romania is one of three EU member states (along with Ireland and Sweden) that have not changed the institutional set-up for bodies for the promotion of equal treatment since the adoption of the EC directives in 2000.

In order to combat the discrimination deeds, the National Council for Combating Discrimination carries on its duties in the following fields: prevention of the discriminations deeds, mediation of discrimination deeds, investigation, ascertaining and sanction of discrimination deeds, monitoring of cases of non-discrimination, providing specialty assistance for the victims of discrimination.

Prevention of the discriminations deeds

In Examples of good practices of European Commission against Racism and Intolerance [3]

- improving the legislative framework relevant to discrimination by drafting and promoting internal laws based on European standards, as well as harmonising existing laws with the above-mentioned standards;
- drafting and signing protocols on mutual assistance and co-operation with the public authorities, to ensure the prevention, sanctioning and elimination of all forms of discrimination;
- creating and developing partnerships with Romanian civil society representatives with a view to preventing discrimination;
- constantly informing citizens on the activities of the Council, on the possible changes to the legal framework in the field of discrimination and on European expertise in this matter;
- Creating national field offices for combating discrimination.

Mediation of discrimination deeds

Mediation is achieved through presence of representatives of the National Council for Combating Discrimination. National Council for Combating Discrimination aims to reduce and eliminate discrimination acts and not to punish.

According to Council's activity reports in 2003 8 cases of 473 were resolved through mediation. In 2005 the number of cases handled in 2005 was 360 and in 22 cases were solved through mediation. In 2010 only one case was resolved through mediation, the parties before the National Council for Combating Discrimination have reached an agreement.

Investigation, ascertaining and sanction of discrimination deeds

The National Council for Combating Discrimination receives and reviews the petitions and complaints regarding violations of the legal provisions concerning the principle of equality and non-discrimination from individuals and groups of persons, non-governmental organizations active in the field of human rights protection, other legal entities, public institutions, analyses the petitions and complaints, take appropriate measures and answers within the terms provided by law.

The Steering Board of the National Council for Combating Discrimination, exercising its decision-making role, analyses the petitions and complaints received, and adopts, by decisions, the appropriate measures, following investigations carried out by the specialised staff of the Council. Once the decision has been adopted, the Steering Board decides on the fine that is to be paid by the person or by the legal entity, for perpetrating a discriminatory act.

Monitoring of case of discrimination by further supervision of the parties involved.

[3] Examples of good practices: Specialised bodies to combat racism, xenophobia, antisemitism and intolerance at national level, European Commission against Racism and Intolerance, Strasbourg,2006, p.95

Providing specialty assistance for the victims of discrimination

For all discrimination cases, the victims are entitled to claim damages, proportional to the act, as well as the restoration of the situation prior to discrimination or to the cessation of the situation created by discrimination, in accordance with common law.

According to Directive 2006/54/EC the equality body should provide independent assistance to victims of discrimination in pursuing their complaints about discrimination. The Romanian Council is competent to provide specialized assistance to victims of discrimination. The Council's legal advisors explain legal concepts to those interested and give legal advice about to how to write complaints and to proceed with the case. In 2010 the Council provided specialized assistance to approximately 2500 people.

Activities

According to the decision on the organization and functioning performs the following functions: [4]

- Council Proposes the setting up, in the conditions of the law, of affirmative actions or special measures for the protection of persons that are either in a position of inequality compared to the majority of citizens due to the identity differences or confronted with a rejection and marginalization behaviour;
- Proposes draft legal regulations in the field to the Government;
- Endorses the draft legal regulations regarding the exercise of rights and freedoms, in conditions of equality and non-discrimination;
- cooperate with the relevant public authorities in order to bring domestic legislation into line with international regulations on non-discrimination;
- cooperate with public authorities and legal and natural persons (individuals and groups) in order to prevent, sanction and eliminate all forms of discrimination;
- monitors the application and observance of the legal provisions on preventing, sanctioning and eliminating all forms of discrimination by public authorities and legal and natural persons;
- receive petitions and complaints regarding violation of the legal provisions concerning the principle of equality and non-discrimination, from individuals, non-governmental organizations active in the field of human rights protection, other legal entities, public institutions, analyses the petitions and complaints, take appropriate measures and answers within the terms provided by law;
- collaborates with the non-governmental organizations active in the field of human rights protection;
- develops and establishes affirmative policies aimed at preventing acts of discrimination;
- carries out programs and national campaigns in order to fulfil its duties;
- carries out studies, opinion polls, research and analysis on the observance of the principle of equality and non-discrimination, presented to the Government and made public;
- elaborates, publishes and disseminates reports and materials concerning discrimination;
- ascertains and sanctions the contraventions mentioned in the Government's Ordinance no. 137/2000;

[4] Art.2(1) of Government Decision 1194/2001

- cooperate with similar organizations and with non-governmental organizations in the field of human rights from other states, as well as with international organizations in this field;
- initiates and organizes seminars, discussions, debates, symposiums, training sessions, round tables and other actions on the theme of combating discrimination;
- develops partnership programs with international financial institutions;
- exercises any other attributions established by the Government or Parliament, through normative documents in order to prevent, sanction and eliminate all forms of discrimination.

In order to fulfil the duties set up in the legislation in force, the Council's activity is carried on strands of action like prevention, mediation and sanction.

Grounds

Although EU directives require that the national equality bodies cover only gender or race and ethnic origin, in many cases equality body covers several grounds of discrimination. According to Ordinance 137/2000 the grounds covered by the National Council for Combating Discrimination are race, nationality, ethnicity, language, religion, social status, beliefs, gender, sexual orientation, age, disability, non-contagious chronic disease, HIV infection, belonging to a disfavoured category or any other criterion, aiming at or resulting in the restriction or prevention of equal recognition, use or exercise of human rights and fundamental freedoms. The fields covered are political, economic, social and cultural fields or any other fields of public life.

Romania provide an open list of grounds of discrimination.

Structure

National Council for Combating Discrimination was established as a specialised body of central public administration subordinated to the Government. By amending the Ordinance no.137/2000, the Council became the state authority in the field of discrimination, autonomous, with legal personality, under parliamentary control.

In the exercise of its attributions, the National Council for Combating Discrimination acts as an independent body, without interference or influence from other institutions or public authorities.

The Council is headed by the president who has administrative role. Activity related to acts or deeds of discrimination is carried out by the Steering Board of the National Council for Combating Discrimination.

The Steering Board of the National Council for Combating Discrimination is made up of 9 members, having the rank of secretary of state, appointed in the plenary session by the two Chambers of the Parliament.

According to article 24 of Ordinance no.137/2000 nominations for the Steering Board shall be filed at the Standing Bureaus of Chambers of Deputies and Senate, within 30 days of the date when the mandates become vacant. The Standing Bureaus of the two Chambers of the Parliament shall publish the list of candidates on their websites and submit their nominees to the standing specialty committees so that candidates can be interviewed in a joint session. Within 15 days of the date when the list of candidates is published, well-substantiated objections against candidates can be filed in writing. Once candidates have been interviewed, the standing specialty committees shall prepare a joint report that will be read in a joint

session of the Chamber of Deputies and the Senate. Candidates can be approved by the majority of present deputies and senators.

Reference

- Directive 2006/54/EC on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast)
- Constitution of Romania
- Decisions of the Constitutional Court of Romania
- Government Ordinance no. 137/2000 on preventing and sanctioning all forms of discrimination with modifications and completions
- Law no. 202/2002 on equal opportunities between women and men with modifications and completions
- Government Decision No. 1194/2001 on the organization and functioning of the National Council for Combating Discrimination with modifications and completions
- Examples Of Good Practices: Specialised bodies to combat racism, xenophobia, anti-semitism and intolerance at national level, European Commission against Racism and Intolerance, Strasbourg,2006, p.95
- Communication from the Commission, Monitoring report on the state of preparedness for EU membership of Bulgaria and Romania, Brussels, 26/09/2006, COM (2006) 2.1 Political criteria, Protection and integration of minorities; p. 40

ISSUES REGARDING THE JURISDICTION OF SOLVING THE BILL FOR PARTICION

Raluca Lucia Cismaru, Assist. Prof., PhD, University of Craiova

Abstract: To analyse wich Court has the jurisdiction to resolve one particion bill the doctrine and jurisprudence shal analyse certains situations.
Thus, from the point of view of material, jurisdiction to resolve one particion bill always belongs to the Court. Although, as a rule in the setting material jurisdiction criterion value functions, the new provisions of the Civil Procedure Code , exempts particion bills from the application of this criterion.
In terms of territorial jurisdiction , the doctrine and judicial practice distinguished as it is shared inheritance, division of joint property orthe division of the goods aquired in common, condominium, etc.
If, we want to share moveables the particion bill will address the court of the domicile or, as appropriate,head office of the defendant, having no real relevance the location of the goods. If among the goods which have to be divided there is a real estate, competence belongs to the Court in whose district the property is located.

Keywords: particion, material jurisprudence, teritorial jurisprudence, moveables, real estate.

1. Precizări prealabile.

Competenţa este una dintre cele mai importante instituţii de drept procesual civil, atât din punct de vedere strict doctrinar, dar şi din punct de vedere al practicii judiciare deoarece în cazul declanşării unui litigiu, prima problemă ce trebuie rezolvată de reclamant sau apărătorul acestuia este aceea de a determina instanţa competentă să judece litigiul.

Cazurile şi condiţiile în care o instanţă judecătorească are legitimitatea de a soluţiona o anumită cauză civilă se determină prin intermediul regulilor de competenţă. Legislaţia noastră foloseşte criterii pentru determinarea competenţei instanţelor judecătoreşti, iar odată cu intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă se observă o regândire a competenţei materiale şi teritoriale în scopul asigurării premiselor respectării principiilor apropierii justiţiei de cetăţean şi în vederea creării unei justiţii previzibile prin unitatea soluţiilor jurisprudenţiale. Reaşezarea competenţei jurisdicţionale a instanţelor judecătoreşti s-a impus şi pentru motivul că această materie a fost supusă în ultimii ani unor frecvente intervenţii legislative, de natură să bulverseze sistemul justiţiei civile şi să adauge încă un motiv de tergiversare a soluţionării cauzelor civile.

2. Competenţa de soluţionare a cererii necontencioasă de partaj.

În materia partajului succesoral, competenţa de soluţionare a unei cereri de partaj succesoral se împarte între instanţa de judecată şi notarul public. Această delimitare are loc în funcţie de caracterul contencios sau necontencios al cererii, aspect ce se va deduce din existenţa sau inexistenţa neînţelegerilor între succesibili. Astfel, instanţele judecătoreşti nu deţin un monopol al soluţionării cererilor de partaj, cerile necontencioase în materia partajului succesoral, fiind scoase de sub jurisdicţia instanţelor judecătoreşti şi atribuite notarilor publici

în baza Legii nr. 36/1995 a notarilor publici şi a activităţii notariale[1]. Astfel, în situaţia în care între succesibili nu există neînţelegeri, procedura succesorală se poate desfăsura în faţa notarului public. Dacă moştenitorii şi-au împărţit bunurile prin bună învoială, în încheierea finală a procedurii succesorale notariale se va arăta modul de împărţeală şi bunurile succesorale atribuite fiecăruia, aşa cum prevăd dispoziţiile articolului 112 alineatul 3 din Legea nr. 36/1995

Potrivit articolului 10 litera a) din Legea nr. 36/1995, competenţa în toate cauzele succesorale necontencioasă revine „notarului public din biroul notarial situat în circumscripţia teritorială a judecătoriei în care defunctul şi-a avut ultimul domiciliu".

În situaţia în care apare orice problemă de natură contencioasă în această materie, procedura notarială din faţa notarului public va fi suspendată şi va îndruma părţile să se adreseze instanţei judecătoreşti.

Astfel, procedura succesorală are un caracter necontencios, întreaga activitate notarială, în materie succesorală, se întemeiază pe acordul dintre moştenitori cu privire la calitatea lor, la cotele–părţi ce le revin din masa succesorală, la valabilitatea dispoziţiilor testamentare cu privire la celelalte probleme succesorale[2]. Caracterul contencios sau necontencios al cererilor succesorale reprezintă criteriul de delimitare a competenţei instanţelor judecătoreşti de atribuţiile birourilor notariale, iar demarcaţia dintre atribuţiile instanţelor judecătoreşti şi cea recunoscută de lege birourilor notariale nu are un caracter absolut[3].

Din prevederile articolului 109 alineatul 1 din Legea nr. 36/1995 a notarilor publici şi activităţii notariale conform cu care, succesibilul sau o altă persoană interesată poate sesiza direct instanţa de judecată în vederea dezbaterii unei succesiuni reiese faptul că, dacă de la început există neînţelegeri între succesibili poate să fie sesizată direct instanţa de judecată competentă, fără ca părţile să fie obligate să parcurgă în prealabil procedura succesorală notarială. După cum, nimic nu îi împiedică pe succesibilii între care există neînţelegeri să se adreseze instanţei, şi nu notarului public, tocmai pentru că procedura succesorală notarială nu are natura unei proceduri prealabile în sensul articolului 193 alineatul 1 din noul Cod de procedură civilă.

Revenind la problema competenţei de solutionare a unei cereri contencioase de partaj, indiferent de izvorul acestuia, pentru a putea învesti instanța de judecată cu o cerere de chemare în judecată, este necesară determinarea competenţei materiale şi teritoriale. Mai întâi se stabileşte competența materială, iar ulterior cea teritorială. Determinarea competenţei teritoriale este necesară pentru a stabili care instanță de judecată trebuie sesizată, deoarece competența este limitată numai la o anumită circumscripţie teritorială

3. Competenţa materială de soluţionare a cererii de partaj.

În literatura de specialitate şi în practica judiciară anterioară intrării în vigoare a noului Cod de procedură civilă s-a admis că în acţiunea de partaj, competentă din punct de vedere material este judecătoria în primă instanţă.

Dispoziţiile noului Cod de procedură civilă au păstrat competenta materială de soluţionare a litigiilor ce au ca obiect cereri de partaj în primă instanţă judecătoriilor, reglementând în articolul 94 alineatul 1 litera i) că „Judecătoriile judecă (....) i) cererile de împărţeală judiciară, indiferent de valoare". Întrucât norma nu distinge, această competenţă

[1] Publicata în Monitorul Oficial nr. 72 din 4 februarie 2013; cu modificările ulterioare;

[22] I. Leş, *Organizarea sistemului judiciar, a avocaturii şi activităţii notariale*, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1997, p. 278;

[3] I.Leş., *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*. Art. 1-1133, Editura C.H. Beck, Bucureşi, 2013, p. 163.

aparţine judecătoriei şi în cazul cererilor de împărţeală judiciară în materie succesorală[4]. Astfel, cauzele complexe, cum sunt cererile de partaj, indiferent de valoare au fost date în competenţa materială a judecătoriilor. Deşi, de regulă, în stabilirea competenţei materiale funcţionează criteriul valoric care este determinant în concepţia legiuitorului în partajarea atribuţiilor între judecătorii şi tribunale, noul Cod de procedură civilă exceptează cererile de împărţeală judiciară de la aplicarea acestui criteriu.

Practica judiciară a demonstrat de-a lungul timpului că în cadrul unui litigiu prin care se solicită partajul, pot fi inserate cereri privind contestarea unui testament, sau constatarea cotelor succesorale, raportarea donaţiilor, reducţiunea liberalităţilor excesive, peţiţia de ereditate Aceeste situaţii ar atrage aplicarea dispoziţiilor art. 105 din noul Cod de procedură civilă şi stabilirea competentei în funcţie de criteriul valoric. Aflată într-o astfel de situaţie, instanţa de judecată va trebui să-şi stabilească competenţa în funcţie de finalitatea urmărită de reclamant prin declanşarea procedurii judiciare, cu privire la toate aceste aspecte, şi anume obţinerea unei hotărâri prin care să fie realizat partajul succesoral judiciar precedat, după caz, de stabilirea cotelor succesorale, raportul donaţiilor, reducţiunea liberalităţilor excesive etc. Astfel, considerăm că aceste cereri nu pot fi disjunse pentru a fi judecate separat[5], deoarece dispoziţiile art. 105 NCPC referitoare la valoarea obiectului cererilor în materie de moştenire nu pot fi considerate derogatorii de la regula prevăzută de articolul 94 punctul 1 litera i din noul Cod de procedură civilă, întrucât sunt formulate generic, iar o derogare ar fi trebuit reglementată explicit în privinţa cererilor de impărţeală în această materie. Dacă sunt coroborate normelor în discuţie ar rezulta că sunt supuse criteriului valoric toate cererile provenind dintr-o succesiune, cu exceptia celor de împărţeală judiciară, care sunt de competenţa în primă instanţă a judecătoriei, indiferent de valoarea obiectului cererii[6].

În aceeaşi accepţiune sunt şi dispoziţiile articolului 984 alineatul 2 din noul Cod de procedură civilă, care dispun că atunci când prin cererea principală de partaj s-au formulat şi cereri accesorii în legătură cu partajul şi de a căror soluţionare depinde efectuarea acestuia ori o cerere de reducţiune a liberalităţilor excesive sau o cerere de raport al donaţiilor şi altele asemenea, instanţa trebuie să se pronunţe şi cu privire la aceste cereri tot prin încheierea de admitere în principiu, ele nu pot fi disjunse pentru a putea fi judecate separat de cererea principală

Astfel, dacă cererea de partaj este formulată pe cale principală, competenţa materială aparţine judecătoriei deoarece scopul pentru care reclamantul s-a adresat instanţei îl constituie partajul chiar dacă prin aceaşi cerere se solicită în acelaşi timp şi anularea testamentului sau a certificatului de moştenitor, reducţiunea liberalităţilor excesive, raportul donaţiilor etc.

Dacă o astfel de interpretare nu ar fi acceptată, şi ar fi considerate toate aceste cereri ca fiind principale, atunci problema competenţei trebuie tranşată după criteriile stabilite de articolul 99 din noul Cod de procedură civilă, ce reglementează ipoteza în care un reclamant formulează prin aceeaşi cerere de chemare în judecată, mai multe capete principale de cerere. În acest caz instanţa va trebui să verifice propria competenţă de soluţionare a fiecărui capăt de cerere în parte, în raport de valoarea sau după caz, cu natura ori obiectul fiecărei pretenţii.

Dacă cererea de partaj este accesorie sau incidentală, vor fi urmate regulile înscrise în articolul 123 din noul Cod de procedură civilă, care reglementează un caz de prorogare legală

[4] G. Boroi, O. Spineanu-Matei, A. Costanda, C. Negrilă, V. Dănăilă, D.N. Teohari, G. Răducan, D.M. Gavriş, F.G. Păncescu, M. Eftimie, *Noul Cod de Procdură Civilă. Comentariu pe articole*. Volumul I., Articolele 1-526. Editura Hamangiu, Bucureşti, 2013, p. 277;

[5] M.Tăbârcă, *Drept procesual civil. Teoria generală*. volumul I, Editura Universul Juridic, Bucureşti 2013,p. 633

[6] G. Boroi, O. Spineanu-Matei, A. Costanda, C. Negrilă, V. Dănăilă, D.N. Teohari, G. Răducan, D.M. Gavriş, F.G. Păncescu, M. Eftimie, *Noul Cod de Procdură Civilă. Comentariu pe articole*. Volumul I., Articolele 1-526. Editura Hamangiu, Bucureşti, 2013, p. 277;

de competenţă, în sensul că instanţa competentă a soluţiona o cerere principală devine competentă a soluţiona şi cererile accesorii, adiţionale şi incidentale formulate în aceeaşi cauză, chiar dacă în mod obişnuit, acestea nu ar fi intrat în competenţa sa materială ori teritorială. Prin această reglementare expresă s-a tranşat o controversă de drept procesual, legată de viabilitatea prorogării competenţei în condiţiile nerespectării normelor imperative de competenţă materială sau teritorială[7].

În situaţia învestirii instanţelor de judecată cu cereri privind partajul bunurilor comune ale soţilor acestea se vor soluţiona de secţiile sau completele specializate pentru minori şi familie ale judecătoriilor dacă există, dacă nu există, se soluţionează de un complet civil. Pe viitor, raportându-ne la dispoziţiile articolelor 265 din noul Cod civil cu referire la articolul 357 din acelaşi Cod (partajul în timpul lichidarii comunităţii legale), articolul 358 din noul Cod civil (partajul în timpul regimului comunităţii legale) şi articolul 320 din acelaşi Cod (partajul regimului matrimonial) în viitor, aceste cereri vor fi soluţionate de instanţele de tutelă atunci când acestea vor fi înfiinţate[8].

Tot judecătoriei îi revine competenţa materială de a judeca în primă instanţă partajul ce priveşte un bun comun ce face obiectul unui aport la societăţi, asociaţii sau fundaţii, conform dispoziţiilor articolului 348 din noul Cod civil. În cauză nefiind vorba despre un litigiu între profesionişti[9].

Dacă cererea de partaj a bunurilor comune pe cote-părţi sau în devălmăşie este făcută pe calea unei contestaţii la executare, aşa cu permit dispoziţiile articolului 711 alineatul 4 din Codul de procedură civilă care prevăd că împărţirea bunurilor proprietate pe cote-părţi sau în devălmăşie poate fi hotărâtă, la cererea părţii interesate, şi în cadrul judecării contestaţiei la executare, competenţa materială aparţine instanţei de executare. Conform art. 650 alineatul 1[10] din Codul de procedură civilă instanţa de executare este judecătoria[11]. Astfel, dispoziţia menţionată instituie o derogare de la normele de competenţă.

4. Competenţa teritorială de soluţionare a cererii contencioase de partaj .

După determinarea instanţei competente material pentru soluţionarea unei cereri de partaj, se impune delimitarea între instanţe de acelaşi grad care se va face utilizând dispoziţiile normelor de competenţă teritorială din noul Cod de procedură civilă. Astfel, competenţa teritorială în materia partajului se determină diferit, în funcţie de natura partajului.

---

[7] V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic şi practic de procedură civilă,* Volumul I, Editura Naţional, Bucureşti, 1996, pp. 434-435; I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, Volumul I, Editura Wolters Kluwer, Bucureşti, 2010, p. 599-602;

[8] G. Boroi, O. Spineanu-Matei, A. Costanda, C. Negrilă, V. Dănăilă, D.N. Teohari, G. Răducan, D.M. Gavriş, F.G. Păncescu, M. Eftimie, *Noul Cod de Procdură Civilă. Comentariu pe articole.* Volumul I., Articolele 1-526. Editura Hamangiu, Bucureşti, 2013, p. 277

[9] ibidem;

[10] aşa cum a fost modificat prin proiectul de lege pentru modificarea şi completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum şi pentru modificarea şi completarea unor acte normative conexe, care la momentul redactării prezentului articol a fost trimis spre promulgare Preşedintelui României. Această modificare a articolului precizat a fost necesară ca urmare a pronunţării şi publicării Deciziei nr. 348/2014 a Curţii Constituţionale prin care au fost declarate neconstituţionale dispoziţiile art. 650 alin. (1) din noul Cod de procedură civilă. Acestea stabileau, ca regulă generală, ca fiind instanţă de executare judecătoria în a cărei circumscripţie se află, la data sesizării organului de executare, domiciliul sau, după caz, sediul debitorului. În sensul consecinţelor declarării neconstituţionale a acestei norme, a se vedea şi V. M. Ciobanu, T. C. Briciu, L. G. Zidaru, *Consecinţele declarării neconstituţionalităţii art. 650 alin. 1 din Noul Cod de procedură civilă,* Revista de note şi studii juridice, http://www.juridice.ro/331838/consecintele-declararii-neconstitutionalitatii-art-650-alin-1-din-ncpc.html;

[11] A se vedea comentariul secţiunii 4 intitulata Competenţa teritorială în soluţionare cererii contencioase de partaj, litera e) al prezentului articol;

a) dacă ne aflăm în prezenţa unui ***partaj succesoral***, competenţa teritorială aparţine exclusiv instanţei celui din urmă domiciliu al defunctului, în condiţiile articolului 118 din noul Cod de procedură civilă, chiar dacă în masa succesorală se află un imobil situat în circumscripţia altei instanţe.

Raţiunea acestei norme de competenţă reiese din faptul că ultimul domiciliu al defunctului coincide cu locul deschiderii succesiunii, astfel cum prevede articolul 954 alineatul 2 din noul Cod civil. În raport de acest loc se efectuează şi procedura succesorală notarială şi procedura partajului succesoral judiciar, fiind de notorietate faptul că înscrisurile ce privesc raporturile juridice dintre defunct şi succesibili precum şi dintre defunct şi terţi se găsesc în acest loc. De asemenea şi multe din bunurile mobile sau imobile ale defunctului se găsesc în acest loc, ceea ce facilitează luarea unor măsuri de conservare sau inventariere a bunurilor. În aceste condiţii probatoriul ce va duce la dezlegarea corectă a cererii de partaj poate fi administrat în condiţii optime.

În privinţa noţiunii ultimul domiciliu al defunctului, practica judiciară şi doctrina au statuat că acesta corespunde ultimei locuinţe efective a defunctului[12], indiferent dacă a fost sau nu înscris în actul său de identitate. În mod tradiţional, în doctrina şi practica judiciară, aplicabilă şi în condiţiile intrării în vigoare a noului Cod de procedură civilă, s-a arătat constant că „noţiunea de domiciliu trebuie luată într-un sens mai larg, interesând nu atât locuinţa statornică sau principală a pârâtului, ci adresa unde locuieşte pârâtul efectiv”[13].

Noţiunea de domiciliu este definită de articolul 87 din noul Cod civil, în capitolul referitor la identificarea persoanei fizice, ca fiind un atribut de identificare a acesteia. Conform noului Cod civil „domiciliul unei persoane fizice, în vederea exercitării drepturilor şi libertăţilor sale civile, este acolo unde aceasta declară că îşi are locuinţa principală”. Tot în acelaşi sens, al locuinţei declarate ca locuinţă principală, a fost modificată şi norma ce defineşte noţiunea de domiciliu din Ordonanţa de urgenţă nr. 97/2005 privind evidenţa, domiciliul, reşedinţa şi actele de identitate ale cetăţenilor români[14], prin Legea nr. 71/2011 de punere în aplicare a Codului civil[15].

Asocierea explicită pe care o face legiuitorul în definiţia domiciliului în noul reglementare civilă cu locuinţa principală nu semnifică o îndepărtare de concepţia domiciliului ca locuinţă efectivă, ci, dimpotrivă, confirmă „ideea de domiciliu ca situaţie de fapt, susceptibilă de probare prin orice mijloc de probă şi lăsată la aprecierea suverană a instanţei, nu ideea de domiciliu ca noţiune juridică”[16].

În cea ce priveşte dovada ultimului domiciliu al defunctului, în practica judiciară, în aplicarea articolului 14 din Codul de procedură civilă de la 1865 (text reluat actualmente în articolul 118 din noul Cod de procedură civilă), s-a arătat că „de regulă dovada ultimului domiciliu se face cu menţiunile din actul de identitate sau certificatul de deces al persoanei care lasă moştenirea. Nimic nu se opune însă, ca, prin orice alt mijloc de dovadă, să se probeze că domiciliul persoanei este într-o altă localitate decât aceea unde a fost înregistrată.

[12] Împrejurarea că defuncta a locuit timp de un an la fiica sa în judeţul Sibiu, unde a şi decedat, nu înseamnă că Judecătoria Sibiu este instanţa ultimului domiciliu al defunctei, atâta timp cât toată averea succesorală ce a aparţinut acesteia se află într-o localitate din judeţul Alba. Defuncta a rămas la fiica sa timp de un an, după externarea din spital, întrucât era netransportabilă din cauza stării sănătaţii. Astfel, autoarea părţilor a locuit la fiica sa datorită situaţiei în care se afla, iar nu în ideea de a se stabili permanent în acea localitate. Tribunalul judeţean Sibiu, deciuia civilă nr. 398/1986, apud I.Leş, *Din practica Tribunalului judeţean Sibiu în materia dreptului procesual civil, Studii şi cercetări juridice nr. 3/1987, pp. 263-264;*

[13] V.M. Ciobanu, G. Boroi, T.C. Briciu, *Drept procesual civil. Curs selectiv. Teste grilă,*Ediţia a 5-a, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2011, p. 145;

[14] Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 719 din 12 octombrie 2011;

[15] Publicată în Monitorul Oficial la României, Partea I, nr. 409 din 10 iunie 2011;

[16] I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, Volumul I, Editura Wolters Kluwer, Bucureşti, 2010, p. 558;

Acest domiciliu reprezintă locuinţa statornică şi principală a defunctei (având în vedere şi perioada îndelungată de timp cât a locuit la acea adresă şi care confirmă ideea autoarei părţilor de a se stabili permanent în localitatea respectivă), chiar dacă nu este trecut în actul de identitate al persoanei şi nici în evidenţele informatizate, fiind relevant, din punct de vedere juridic, în stabilirea competenţei teritoriale, în condiţiile articolului 14 din Codul de procedură civilă de la 1865"[17].

Noul Cod civil, acoperă prin dispoziţiile articolului 954 alineatul 3 şi situaţia în care ultimul domiciliu al defunctului nu este cunoscut sau nu se află pe teritoriul României, asimilând locul deschiderii succesiunii cu locul din ţară aflat în circumscripţia notarului public sesizat primul, cu condiţia ca în acea circumscripţie să existe cel puţin un bun imobil al defunctului sau, în lipsă, un bun mobil al acestuia. În absenţa unor bunuri situate în România, locul deschiderii moştenirii este în circumscripţia notarului public cel dintâi sesizat.

Astfel, locul deschiderii moştenirii este ales de către succesibili prin sesizarea notarului public sau a instanţei de judecată, fiind identic cu circumscripţia organului sesizat, dar cu respectarea următoarelor condiţii: dacă în masa succesorală se găsesc şi bunuri imobile, în această circumscripţie trebuie să se afle unul dintre bunurile imobile (dacă suntem în prezenţa unui singur bun imobil, moştenitorii nu vor mai avea drept de opţiune); dacă în masa succesorală se găsesc numai bunuri mobile, în această circumscripţie trebuie să se găsească unele dintre acestea.

Conform noilor dispoziţii legale, valoarea bunurilor imobile sau mobile succesorale nu are nici o relevanţă în determinarea locului deschiderii moştenirii. Alegerea succesibililor este în totalitate liberă în ipoteza în care în patrimoniul succesoral nu se găsesc bunuri sau acestea sunt situate în totalitate în afara teritoriului României. De asemenea, pentru sesizarea notarului public sau a instanţei de judecată nu este necesar consensul succesibililor, oricare dintre aceştia putând exercita acest drept[18].

La o primă analiză a acestor dispoziţii aceastea vor crea dificultăţi în aplicarea ei în practica judiciară deoarece, determinarea competenţei instanţei în ipoteza în care ultimul domiciliu al defunctului nu este cunoscut sau nu se află în România, în funcţie de sediul notarului public cel dintâi sesizat de către reclamant ar putea echivala cu o alegere de competenţă ce nu este permisă de noul Cod de procedură civilă în cazurile de competenţă teritorială exclusivă, iar potrivit articolului 122 din noul Cod de procedură civilă, reguli noi de competenţă pot fi stabilite numai prin modificarea normelor codului de procedură civilă.

Considerăm că atâta timp cât legiuitorul prezumă ultimul domiciliu al defunctului în ipotezele în discuţie ca fiind sediul notarului public mai întâi sesizat de către reclamant, aceasta nu reprezintă o alegere de competenţă, deci nu se încalcă dispoziţiile articolului 122 din noul Cod de procedură civilă. În ipoteza în care ultimul domiciliu nu este cunoscut, dacă există un bun imobil, ar putea fi sesizată instanţa de la locul situării imobilului, ori, în funcţie de obiectul cererii de chemare în judecată şi valoarea acestuia, Judecătoria Sectorului 1 Bucureşti sau Tribunalul Bucureşti, conform articolului 1071 din noul Cod de procedură civilă, dat fiind că, în litigiile cu elemente de extraneitate referitoare la imobile situate pe teritoriul României, instanţele române sunt exclusiv competente, aşa cum prevăd dispoziţiile articolului 1079 punctul 1 din noul Cod de procedură civilă, chiar dacă decesul a intervenit în străinătate, însă domiciliul se află în România. Dacă în masa succesorală nu există imobile,

[17] Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Secţia civilă şi de proprietate intelectuală, Decizia nr. 2018/2011; http://legeaz.net/spete-civil-iccj-2011/decizia-2018-2011;

[18] Fl.-A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, coordonatori şi alţii, *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2012, p. 774

singura soluţie ar fi cea prevăzută de articolul 1071 din noul Cod de procedură civilă, dacă se poate stabili competenţa instanţelor române[19].

Ori de câte ori, din punct de vedere teritorial, inatanţa română competentă nu poate fi identificată, prin norma inscrisă în articolul 1071 din noul Cod de procedură civilă se instituie o competenţă specială, în funcţie de materie, a Judecătoriei Sectorului 1 Bucureşti sau Tribunalul Bucureşti. Această dispoziţie acoperă situaţiile ivite în prectica judiciară, în care, faţă de datele concrete ale cazului, normele de competenţă obişnuite nu le acoperă. Astfel de situaţii sunt des întâlnite în cauze civile, mai ales când domiciliul părţilor nu se află în România, însă, din punct de vedere material, competenţa aparţine instanţelor civile Române[20].

În situaţia în care ulterior ieşirii din indiviziune sunt formulate cereri care au ca obiect contestarea partajului sau cereri ce derivă din partaj (nulitatea partajului, cererea privind obligaţia de garanţie asupra bunului comun), aceste cereri ulterioare vor învesti tot instanţa ultimului domiciliu al defuncţului ca fiind competentă teritorial să le judece. Această soluţie este una raţională având în vedere că în situaţia admiterii unei astfel de acţiuni, se va efectua o nouă împărţeală sau vor fi obligaţi la despăgubiri comoştenotorii, iar aceste situaţii justifică sesizarea instanţei de la ultimul domiciliu al defunctului[21].

b) în cazul unui ***partaj al bunurilor comune ale soţilor***, competenţa teritorială a judecătoriei care va soluţiona o astfel de cerere trebuie stabilită în funcţie de calea procesuală la care recurge reclamantul.

Dacă partajul este cerut pe cale principală, atât în timpul regimului comunităţii de bunuri (articolul 358 alineatul 1 Codul civil) cât şi după divorţ, competentă teritorială este dată de regulile de drept comun, adică instanţa domiciliului pârâtului, faţa de articolul 107 din noul Cod de procedură civilă, atunci când în masa de împărţit sunt numai bunuri mobile, ori instanţa în raza căreia se află imobilul, potrivit articolului 117 din noul Cod de procedură civilă, atunci când in masa de împărţit se află şi un astfel de bun.

Dacă partajul se solicită pe cale accesorie, spre exemplu, simultan cu cererea de divorţ, sau incidentală, spre exemplu, prin cerere reconvenţională formulată de pârât, competenţa se stabileşte conform dispoziţiilor articolului 123 din noul Cod de procedură civilă, în favoarea instanţei care soluţionează cererea principală, chiar dacă în masa bunurilor de împărţit s-ar afla şi un imobil situat în circumscripţia altei instanţe, fiind vorba despre un caz de prorogare legală de competenţă. Aceste dispoziţii trebuie corelate cu dispoziţiile articolului 914 din noul Cod de procedură civilă care stabilesc, în mod prioritar, competenţa de soluţionare a cererii de divorţ la instanţa în circumscripţia căreia se află cea din urmă locuinţă comună a soţilor. Această competenţă operează numai dacă cei doi soţi au avut o locuinţă comună şi cel puţin unul dintre soţi la data sesizării instanţei de judcată să mai locuiască în circumscripţia instanţei de la ultima locuinţă. În caz contrar, dacă soţii nu au avut o locuinţă comună sau niciunul nu mai locuieşte în circumscripţia judecătoriei de la cea din urmă locuinţă comună, teza a II-a a articolului 914 alineatul 1 din noul Cod de procedură civilă stabileşte că cererea de divorţ este de competenţa teritorială a judecătoriei în circumscripţia căreia locuieşte soţul pârât. Iar dacă soţul pârât nu are locuinţa în tară şi când instanţelor române le revine competenţa internaţională, devine competentă instanţa de la domiciliul reclamantului. De asemenea, alineatul secund al articolului 914 din noul Cod de procedură civilă se ocupă de stabilirea competenţei teritoriale în cazul în care niciunul dintre soţi nu mai are locuinţa în

[19] G. Boroi, O. Spineanu-Matei, A. Costanda, C. Negrilă, V. Dănăilă, D.N. Teohari, G. Răducan, D.M. Gavriş, F.G. Păncescu, M. Eftimie, *Noul Cod de Procdură Civilă. Comentariu pe articole.* Volumul I., Articolele 1-526. Editura Hamangiu, Bucureşti, 2013, p. 321;
[20] Idem, p. 693;
[21] M. Tăbârcă, *op. cit*, p. 671;

România, dar instanţele române ar fi totuşi competente, statuând că soţii pot conveni ca cererea de divorţ sa fie introdusă la orice judecătorie din România, iar în lipsa unei astfel de convenţii competenţa aparţine Judecătoriei sectorului 5 Bucureşti.

Această normă trebuie corelată şi cu norma europeană, deoarece, potrivit prevederilor articolului 3 alineatul 1 litera b) din Regulamentul CE nr. 2201/2013[22] (denumit şi Bruxelles II bis), competenţa teritorială internaţională poate fi stabilită şi pe criteriul cetăţeniei, indiferent dacă soţii sau unul dintre ei mai au sau nu vreo locuinţă pe teritoriul statului membru ai cărui cetăţeni sunt. Astfel, instanţa din România este competentă să judece cererea de divorţ dintre doi cetăţeni români, chiar dacă la data sesizării instanţei, niciunul dintre aceştia nu mai are reşedinţa în România, criteriul unic de determinare a acestei competenţe fiind acela ca, la data introducerii cererii de divorţ, soţii să fie cetăţeni ai statului român.

Din analiza articolului 914 din noul Cod civil, observăm că acesta nu acoperă situaţia în care pârâtul nu are locuinţa cunoscută, fără a se şti dacă acesta locuieşte sau nu în România. Astfel, aşa cum a decis constant doctrina[23] şi practica judiciară[24], se va aplica tot norma specială prevăzută în articolul 914 care stabileşte competenţa în favoarea instanţei de la locuinţa reclamantului, intocmai ca în situaţia în care pârâtul ar locui în străinătate.

c) dacă ne aflăm în prezenţa unui ***partaj care nu are temei succesoral***, în masa partajabilă existând un imobil, competenţa va aparţine instanţei locului unde este situat imobilul, aplicându-se dispoziţiile articolului 117 alineatul 3 din noul Cod de procedură civilă, care menţionează expres că „cererile de împărţeală judiciară a unui imobil, când indiviziunea nu rezultă din succesiune", atrag competenţa exclusivă a instanţei în a cărei circumscripţie se află imobilul.

Această dispoziţie expresă are ca finalitate delimitarea sferei de aplicare a articolului 117 şi articolului 118 din noul Cod de procedură civilă, în condiţiile în care această problemă a fost îndelung dezbătută în aplicarea în practică a normelor corespondente din vechiul Cod de procedură civilă de la 1865, prevăzute la articolele 13 şi 14.

Astfel, spre deosebire de vechea reglementare procesual civilă, actuala reglementare menţionează expres competenaţa instanţei de la locul situării imobilului pentru cererile de împărţeală judiciară a unui imobil, cu excepţia cazurilor când indiviziunea rezultă din succesiune. Pentru cererile ce au ca obiect sistarea stării de indiviziune provenite din succesiune, competenţa teritorială se va stabili după regulile din articolul 118 din noul Cod de procedură civilă, astfel cum precizează chiar alineatul 1 al acestui articol, care stabileşte competenţa exclusivă a instanţei celui din urmă domiciliu al defunctului pentru „cereri în materie de moştenire, până la ieşirea din indiviziune". Nu vom reveni asupra acestei discuţii, deoarece am dezbătut-o deja mai sus.

În sfera de aplicare a dispoziţiilor articolului 117 noul Cod de procedură civilă vor intra şi cererile de împărţeală a unui bun comun al soţilor, astfel cum s-a statuat în jurisprudenţa anterioară intrării în vigoare a noului Cod de procedură civilă[25], cu condiţia să fie formulate pe cale principală, distinct de procesul de divorţ, după desfacerea sau încetarea căsătoriei ori chiar în timpul regimului comunităţii legale (articolul 36 din Codul familiei sau

[22] din 27 noiembrie 2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești, de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1347/2000 (publicat în Jurnalul Oficial L 338, 23.12.2003, p. 1 - http://eur-lex.europa.eu /LexUriServ/LexUriServ.do? uri= CONSLEG :2003R2201:20050301:RO:PDF)

[23] A. Hilsenrad, I. Stoenescu, *Procesul civil în R.P.R.*, Editura Ştiinţifică, Bucureşti, 1957, p. 399; T. Ionaşcu, I. Christian, M. Eliescu, V. Economu, Y. Eminescu, M.I. Eremia, V. Georgescu, I. Rucăreanu, *Căsătoria în dreptul R.P.R.*, Editura Academiei, Bucureşti, 1964, p. 459;

[24] Tribunalul Suprem, col. civ., Decizia nr. 1975/1965, publicată în Jurnalul Naţional nr. 1/1966, p.158;

[25] Tribunalul Suprem, Secţia civilă, Decizia nr. 415/1982, publicată în Revista română de drept nr. 1/1983, p. 62;

articolul 358 din noul Cod civil, aplicabil pentru comunitatea dobândită după intrarea în vogoare a noului Cod civil). Dacă cererea de partaj a fost formulată odată cu divorţul sau odată cu cererea în anularea ori constatarea nulităţii absolute a căsătoriei, aceasta este de competenţa instanţei care soluţionează cererea principală, chiar dacă printre bunurile partajabile se află un imobil, în aplicarea dispoziţiilor articolului 123 noul Cod de procedură civilă[26], raportat la articolul 914 din Codul de procedură civilă.

Tot sub imperiul vechii reglementări procesual civile s-a pus problema de a se stabili instanţa competentă din punct de vedere teritorial în cazul în care printre bunurile partajabile se află două sau mai multe imobile situate în circumscripţii teritoriale judecătoreşti diferite. Evident că nu intră în discuţie partajul succesoral sau cel realizat pe cale accesorie într-un proces de divorţ sau de anulare a căsătoriei. Nici actuala reglementare procesual civilă nu prevede expres un text de lege pentru această situaţie, astfel că rămân valabile statuările doctrinare anterioare care au interpretat legislaţia existentă în sensul că este necesar să se recunoască posibilitatea soluţionării cererii de partaj de o singură instanţă, fiind exagerată opinia conform căreia partajarea bunurilor să fie făcută în mai multe etape, în faţa unor instanţe diferite. Pentru a da soluţii valabile acestei situaţii se poate recurge chiar şi la dispoziţiile articolului 117 alineatul 2 din noul Cod de procedură civilă, cu toate că acesta are în vedere cazul în care imobilul este situat în circumscripţiile mai multor instanţe. Aşadar, competenţa ar aparţine instanţei de la domiciliul pârâtului, dacă acesta se află în vreuna din circumscripţiile instanţelor în raza cărora se găsesc acele imobile (competenţă teritorială exclusivă), iar în caz contrar, este competentă oricare instanţă în a cărei rază teritorială se află vreunul din imobilele ce formează obiectul partajului, alegerea urmând a fi făcută de reclamant[27]. Astfel, în situaţia în care masa partajabilă există mai multe imobile competenţa va fi una alternativă, reclamantul putând învesti cu soluţionarea litigiului oricare dintre instanţele în circumscripţiile cărora se află imobilul.

d) dacă ne aflăm în prezenţa unui ***partaj care nu are temei succesoral, în masa partajabilă existând numai mobile***, competenţa o va determina locul unde pârâtul îşi are domiciliul sau sediul neavând importanţă locul unde sunt situate bunurile;
e) Dacă ***partajul*** este cerut pe calea ***contestaţiei la executare***, în condiţiile prevăzute de articolul 711 alineatul 4 din noul Cod de procedură civilă, când partea interesată poate solicita, ca în cadrul contestaţiei la executare, să se împartă bunurile proprietate comună pe cote-părţi sau în devălmăşie, astfel suntem în situaţia unui partaj solicitat ca şi cerere accesorie în cererea principală ce are ca obiect contestaţia la executare astfel, vor fi incidente în cauză dispoziţiile articolului 132 din Codul de procedură civilă raportat la articolul 650 alineatul 1 din Codul de procedură civilă[28], va fi sesizată este judecătoria în a cărei circumscripţie se află, la data sesizării organului de executare, domiciliul sau, după caz, sediul debitorului, în afara cazurilor în care legea

[26] V.M. Ciobanu, G.Boroi, T.C.Briciu, *op.cit.*, p.154
[27] M. Tăbârcă, *op. cit.*, p. 669;
[28] aşa cum a fost modificat prin proiectul de lege pentru modificarea şi completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum şi pentru modificarea şi completarea unor acte normative conexe, care la momentul redactării prezentului articol a fost trimis spre promulgare Preşedintelui României. Această modificare a articolului precizat a fost necesară ca urmare a ca urmare a pronunţării şi publicării Deciziei nr. 348/2014 a Curţii Constituţionale prin care au fost declarate neconstituţionale dispoziţiile art. 650 alin. (1) din noul Cod de procedură civilă care stabileau, ca regulă generală, ca instanţă de executare, a judecătoriei în a cărei circumscripţie se află, la data sesizării organului de executare, domiciliul sau, după caz, sediul debitorului, rezolvându-se astfel vidul legislativ ivit. În sensul consecinţelor declarării neconstituţionale a acestei norme, a se vedea şi V. M. Ciobanu, T. C. Briciu, L. G. Zidaru, *Consecinţele declarării neconstituţionalităţii art. 650 alin. 1 din NCPC*, Revista de note şi studii juridice, http://www.juridice.ro/331838/consecintele-declararii-neconstitutionalitatii-art-650-alin-1-din-ncpc.html

dispune altfel. Dacă domiciliul sau, după caz, sediul debitorului nu este în ţară, este competentă judecătoria în a cărei circumscripţie se află, la data sesizării organului de executare, domiciliul sau, după caz, sediul creditorului, iar dacă acesta nu se află în ţară, judecătoria în a cărei circumscripţie se află sediul biroului executorului judecătoresc învestit de creditor. Schimbarea domiciliului sau sediului debitorului sau, după caz, al creditorului după începerea executării silite nu atrage schimbarea competenţei instanţei de executare".

Bibliografie:

Tratate, monografii, cursuri universitare, articole:

1. A. Hilsenrad, I. Stoenescu, Procesul civil în R.P.R., Editura Ştiinţifică, Bucureşti, 1957;
2. Baias, Fl. – A., Chelaru, E., Constantinovici, R., Macovei, I.,coordonatori şi alţii, Noul Cod Civil. Comentariu pe articole, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2012;
3. G. Boroi, O. Spineanu-Matei, A. Costanda, C. Negrilă, V.Dănăilă, D.N Teohari, G. Răducan, D.M. Gavriş, F.G. Păncescu, M. Eftimie, Noul Cod de Procdură Civilă. Comentariu pe articole. Volumul I, art. 1-526 şi Volumul II, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2013;
4. I. Deleanu, Tratat de procedură civilă,volumul I, Editura Wolters Kluwer, Bucureşti, 2010;
5. I. Leş, Organizarea sistemului judiciar, a avocaturii şi activităţii notariale, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1997;
6. I.Leş, Din practica Tribunalului judeţean Sibiu în materia dreptului procesual civil, Studii şi cercetări juridice nr. 3/1987;
7. I.Leş., Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole. Art. 1-1133, Editura C.H. Beck, Bucureşi, 2013;
8. M.Tăbârcă, Drept procesual civil. Teoria generală. volumul I, Editura Universul Juridic, Bucureşti 2013,p. 633
9. M.Tăbârcă, Drept procesual civil. volumul II – Procedura contencioasă în faţa primei instanţe, Procedura necontencioasă judiciară, Proceduri speciale, Editura Universul Juridic, Bucureşti 2013;
10. T. Ionaşcu, I. Christian, M. Eliescu, V. Economu, Y. Eminescu, M.I. Eremia, V. Georgescu, I. Rucăreanu, Căsătoria în dreptul R.P.R., Editura Academiei, Bucureşti, 1964;
11. V. M. Ciobanu, T. C. Briciu, L. G. Zidaru, Consecinţele declarării neconstituţionalităţii art. 650 alineatul 1 din noul Cod de procedură civilă, Revista de note şi studii juridice, http://www.juridice.ro/331838/consecintele-declararii-neconstitutionalitatii-art-650-alin-1-din-ncpc.html
12. V.M. Ciobanu, Tratat teoretic şi practic de procedură civilă, volumul I, Editura Naţional, Bucureşti, 1996;
13. V.M. Ciobanu, G. Boroi, T.C. Briciu, Drept procesual civil. Curs selectiv. Teste grilă, Ediţia a 5-a, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2011;

Legislaţie şi jurisprudenţă:

1. Decizia nr. 348/2014 a Curții Constituționale prin care au fost declarate neconstituționale dispozițiile art. 650 alin. (1) din noul Cod de procedură civilă, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 529 din 16 iulie 2014;
2. Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, secţiacivilă şi de proprietate intelectuală, decizia nr. 2018/2011; http://legeaz.net/spete-civil-iccj-2011/decizia-2018-2011;

3. Legea nr. 36/1995 a notarilor publici şi a activităţii notariale publicata în Monitorul Oficial nr. 72 din 4 februarie 2013; cu modificările ulterioare;
4. Legea nr. 287/2009 privind Noul Cod Civil, republicat în Monitorul Oficial nr. 505/2011, aplicabil din 1 octombrie 2011;
5. Legea nr. 134/2010 privind Noul Cod de Procedură Civilă, republicată în Monitorul Oficial nr. 545 din 3 august 2012, în temeiul art. 80 din Legea nr. 76/2012
6. Legea nr. 71/2011 de punere în aplicare a Codului civil publicată în Monitorul Oficial la României, Partea I, nr. 409 din 10 iunie 2011;
7. Ordonanţa de urgenţă nr. 97/2005 privind evidenţa, domiciliul, reşedinţa şi actele de identitate ale cetăţenilor români republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 719 din 12 octombrie 2011;
8. Proiectul de lege pentru modificarea şi completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum şi pentru modificarea şi completarea unor acte normative conexe, care la momentul redactării prezentului articol a fost trimis spre promulgare Preşedintelui României;
9. Regulamentul CE nr. 2201/2013din 27 noiembrie 2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești, de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1347/2000 (publicat în Jurnalul Oficial L 338, 23.12.2003, p. 1 - http://eur-lex.europa.eu /LexUriServ/LexUriServ.do? uri= CONSLEG :2003R2201:20050301:RO:PDF)
10. Tribunalul judeţean Sibiu, Decizia civilă nr. 398/1986, apud I.Leş, *Din practica Tribunalului judeţean Sibiu în materia dreptului procesual civil, Studii şi cercetări juridice nr. 3/1987, pp. 263-264;*
11. Tribunalul Suprem, col. civ., Decizia nr. 1975/1965, publicată în Jurnalul Naţional nr. 1/1966, p.158;
12. Tribunalul Suprem, Secţia civilă, Decizia nr. 415/1982, publicată în Revista română de drept nr. 1/1983, p. 62;

"This work was financed from the agreement POSDRU/159/1.5/S/141699, ID 141699, strategic project co-financed by the European Social Fund, through the Sectoral Operational Programme Human Resources Development 2007-2013"

THE LEGAL EVOLUTION OF THE DONATION IN FRENCH LAW BEFORE NAPOLEON'S CODE

Codrin Codrea, PhD Student, Faculty of Law, "Al. Ioan Cuza" University of Iași

Abstract: When looking at the provisions regarding the donation contract in Napoleon's Civil Code, provisions which almost entirely remained unchanged in contemporary French Civil Code and were adopted by the majority of continental-European legal systems, including the Romanian Civil Code of 1865 and the one in force today, nothing suggests that where today is almost a geometrical order, there was once a multitude of sources of law that governed donations. The evolution of French law in the field of donations started from the Roman occupation, which imposed its refined legal system on the Gallic population, and continued with the Roman-inspired customs of the Middle Ages. The form that the donation contract has in Napoleon's Code is, however, inspired by the regulations provided in the first project of civil codification in French law, the 1731 Ordinance of Henri-François d'Aguesseau. In this article I will analyze the evolution of the provisions regarding donations in all these moments of French legal history, in order to show how the law in all those particular moments led to the manner in which the donation contract was codified in Napoleon's Code.

Keywords: Donation contract, custom, Roman law, Napoleon's Code, Ordinance of 1731.

I. Introduction

The influence of the Napoleonic Code on European legal systems is remarkable – the project of a national civil codification which would unify all the disparities among the local French customs was an ideal which natural law jurists have proposed long before Napoleon's political determination to see this project effective. The value of this codification is also due to the profound Roman influence of its institutions, especially in the field of donations. The fundamental legal elements of the donation as provided in the Napoleonic Code – the capacity of the contractual parties, the qualities of the object of the donation contract, the conditions for the consent of the parties and the cause – have their origin in the Roman law, which, through successive transformations from the Classical to the Post-classical period, led to the refined notion of a donation contract. The evolution of this notion in French law is, however, also owed to the French customs – *Lex Romana Burgundionum*, *Lex Gundobada*, *Lex Romana Visigothorum*, which tried to accommodate the Roman legal notion of *donatio*. The most important project of French civil law unification and the major source of inspiration for the 1804 Napoleonic Code in the field of donations was the 1731 Ordinance of Henri-François d'Aguesseau, which was the one that configured this legal institution in its modern form.

II. Donations in Gallic Antiquity

The history of French law starts with the Roman occupation of what is the contemporary territory of France, and the gradual imposition of the Roman law on the Gallic population. The Southern part of France, called Gallia Transalpina, or Gallia Narbonensis, became a Roman province in 121 B.C. and, after Caesar's conquests, the entire territory was

organized into several imperial or praetorian provinces – Gallia Aquitania, Gallia Belgica, Gallia Lugdunensis. During the Roman occupation, the Roman law was extensively adopted by the local population, at first mixed with local customary norms, but gradually replaced with the more complex Roman rules.[1]

The Roman law during the Roman occupation of nowadays France passed from the Classical Period to the Post-Classical one with a major transformation of its institutions. During the Classical Period, there was in force the fundamental legal principle that *ex nudo pacto actio non nascitur*[2], according to which the mere agreement of the parties, *consensus*, and the formal expression of the convention do not suffice for the valid transfer of the property, which had to respect a certain *modus*.[3] Before Justinian's reformation of the Roman law, the donation was not recognized a specific form, since *jus civile (jus Quiritium,* the ancient Roman law) required that all property transfers, gratuitous or onerous, of a *res private* from *cedens* to *accipiens*, must be done respecting the form of *mancipatio* or *in jure cession*. Therefore, regarding donations, if the cause of a transfer was the gratuitous deliverance of property, it had to be done either by *mancipatio* or by *in jure cessio*. The donations were also valid if they were done through *traditio*, which was an informal mode of acquiring property sanctioned by *jus praetorium*, or by certain modes of creating or ending obligations such as *sponsio* and *stipulatio*.

Mancipatio, which was a solemn mode of property transfer sanctioned by *jus civile*, was used only by capable Roman citizens, or by those who, although they were not citizens, enjoyed the right to conclude legal acts according to *jus comercii*.[4] The second mode of property transfer, *in jure cessio,* presupposed a transfer of the good in front of a magistrate, from *cedens* to *accipiens*.[5] *Traditio* was an informal mode of property transfer which presupposed the actual remission of the possession of a good by *tradens* to *accipiens*, without any of the formal requirements that *jus civile* imposed on such transfers.[6]

Sponsio and *stipulatio*, which were also used for the legal operation of the donation, were some of the oldest contracts in Roman law, belonging to the *verbis* category, since they presupposed certain verbal, solemn formulae in order to be valid.[7]

The donation convention was not enforceable during the Classical Period of the Roman law, but, although the general rule *ex nudo pacto action non nascitur* was still applicable in the Post-classical period, three exceptions were introduced: the legitimate, the praetorian and the accessorial conventions. Regarding the donation contract, Emperor Theodosius II recognized the legitimate convention *dictio dotis*, and, later, Justinian recognized full legal effects to the conventions of donation. The latter was the agreement through which the donor irrevocably transferred a good to the donee, with the specific intention of the donor to give gratuitously, and this definition was kept even in the Napoleonic Codification – article 894 states that *The inter vivos donation is an act by which the donor impoverishes himself effectively of the good that he gives to the donee that accepts it*[8] . Unlike

[1] Kate Gilliver, *Essential histories. Caesar's Gallic Wars 58-50 BC*, Routledge, Taylor & Francis Group, New York, 2005, pp. 79-80;
[2] Domitius Ulpianus, *Libro IV, ad Edictum, Digestorum seu Pandectarum, apud.* Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman,* Vol III, Polirom, Iași, 1999, p. 879;
[3] Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman,* Vol. I, Polirom, Iași, 1998, pp. 259-260;
[4] Mihail Jakotă, *Drept roman, Partea I, Introducere în studiul societății și a instituțiunilor dreptului roman,* Editura Cugetarea, Iași, 2002, pp. 277-282;
[5] *Ibidem*, pp. 282-283;
[6] Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman,* Vol. I, *op. cit.*, pp. 281-284;
[7] *Idem*, *Lecții de drept roman,* Vol. IV, Editura Polirom, Iași, 2001, pp. 804-806;
[8] Livre III, Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre II, Des donations entre-vifs et des testamentes, art. 894: *La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et*

other gratuitous contracts such as *comodatus* or *mandatus*, the donation presupposed an impoverishment of the donor in the favor of the donee.[9]

Besides this regular form of the donation contract which gained full legal force during Justinian, several other types of donations were used in the Post-classical Period, and also by the Roman-Gallic population during the Roman occupation – the stipulation for another, the dowry and the *ante nuptias* donation, the donation between spouses and the remission of debt.

The stipulation for another was an exception to the *res inter alios acta, aliis nec prodesse, nec obese potest* general rule, which presupposed that one party promised to another a certain prestation in favor of a third party, who was not part of the contract between the first two.[10] The dowry was constituted in order to support the material needs of the marriage and it presupposed that the one who constituted the dowry promised to give the goods to the future husband when the marriage was concluded.[11] The *ante nuptias* donation appeared as an equivalent form of the dowry, and it was a mean for the future husband to assure the welfare of his future wife in the case of divorce or death.[12] A specific form of donation was the one between spouses, which was subjected to specific restrictions. It was possible only in the case of *sine manu* marriage, which, in contrast to *cum manu* marriage, presupposed a matrimonial separation of goods. The woman married *cum manu* didn't have her own goods and was unable to conclude any patrimonial transfers. However, the woman married *sine manu* was able to exert her property right over her own goods, including through donation contracts in favor of her husband.[13]

The remission of debt, as another type of donation, was made through different forms – through solemn acts, by which the creditor refused to use the procedural rights of the *nexum* or other solemn contracts, through *acceptilatio*, which was a fictive payment, or through *pactum de non petendo*, which didn't erase the debt, but made it impossible for the creditor to legally ask the payment from the debtor.[14] Since the creditor could have requested the execution of the obligation from his debtor, but intentionally refused to do so, this operation, since it presupposed a voluntary impoverishment of one party in favor of the other, was assimilated with a form of donation.

III. The donation in the French customs of *ancien régime*

Although the Roman occupation had the effect of legal unity, due to the extensive application of the Roman law throughout the occupied territories, which were transformed into provinces, the successive invasions led, among others, to the fragmentation of law through a personal and later territorial criterion.[15]

After the 476 fall of Rome, the Germanic tribes invaded the Roman Gaul, each population that established in the area following its own unwritten laws. Consequently, besides the Roman law, there were also applicable the customs of the Franks, Burgundians

irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte. în *Code Napoléon, édition originale et seule officielle.*, de l'Imprimerie Impériale, Paris, 1807;

[9] *Qui alienum fundum donationis causa excolit, nullam retentionem propter impensas faciet, quia domini res ab eo iniectas continuo efficit*. în *Digesta, Liber XXXIX, Titulus V, 14*;

[10] Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, Vol. III, *op. cit.*, pp. 745-749;

[11] Vladimir Hanga, Mircea Dan Bob, *Curs de drept privat roman*, Ed. a IV-a, Universul Juridic, București, 2011, p. 136;

[12] *Ibidem*, p. 132;

[13] Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman,* Vol. I, *op. cit.*, pp. 197-199;

[14] Valerius M. Ciucă, *Lecții de drept roman,* Vol. IV, *op. cit.*, p. 959;

[15] Philippe Malaurie, Patrick Morvan, Drept civil. Introducerea generală, trad. Diana Dănișor, Editura Wolters Kluwer, București, 2011, p. 63;

and Visigoths. The customary laws followed by these populations couldn't substitute the refined Roman legal institutions respected by the Roman Gallic population, therefore, until the ninth century, the medieval law was characterized by the personality of the laws, since the invaders were observing their own customs, and the Roman-Gallic population was still observing the Roman law.[16]

With some notable exceptions, the written customs before the ninth century didn't specifically refer to gifts or donations – for example, *Lex Salica*, the law of the Salian Franks, governed some criminal acts, such as theft (Title II-LVI), contained certain procedural dispositions (Title I), as well as some provisions governing the inheritance (Title LVII-LXII). A decade before *Lex Salica*, there was *Lex Romana Burgundionum*, fundamentally influenced by the Roman law, and applied from the fifth to the tenth century. It governed only the relations among the Roman-Gallic population, since the relations among Burgundians or between Burgundians and Roman-Gallic population were governed by *Lex Gundobada*.[17]

Lex Romana Burgundionum applied in southern France, and was a synthesis of Germanic customs and Roman legal institutions. It contained several dispositions regarding gratuitous acts in Title I, *On donations from the father or the mother or on the generosity of the masters*. The first and the second article indistinctively referred to *inter-vivos* and *mortis-causa* donations. There were, however, recognized certain legal elements regarding donations which are still in force in contemporary French law – the validity of the donations from the father or the mother in favor of their descendents through the agreement of the parties, the irrevocability of donations and the injuries towards the donor as a legitimate cause for the revocation of the donation.

Lex Gundobada (Liber constitutionum) was applied in the same time with *Lex Burgundionum*, but, just as the latter, it governed only the relations among Burgundians and between Burgundians and the Roman-Gallic population. The first title of the custom contains dispositions regarding donations and inheritances, and donations are subjected to restrictive conditions, since they are acts that diminish the wealth of the disposer which was to be transmitted through inheritance. For example, the first article refers to the father who can freely dispose of his wealth through donations, but from this general rule, the immovable goods which were to be passed to his descendents were excluded.

Lex Romana Visigothorum is a compilation adopted in 506, heavily influenced by the Roman law – it contains passages of *Codex Theodosianus, The Novels of Theodosianus II, Valentinian III, Marcian, Majorian and Libius Severus*, and also the *Institutes* of Gaius. It wasn't governing the relations among members of the Visigoth aristocracy, which were governed by their own laws, *Codex Euricianus*, adopted before 480, and which consisted primarily of Germanic customs.

Both codes, *Lex Romana Visigothorum* and *Codex Euricianus*, ceased to be in force when *Lex Visigothorum* was adopted in the seventh century, which governed all relations, regardless of the ethnicity or social origin of the subjects. In *Lex Visigothorum* there are several provisions regarding some types of donations, depending on the quality of the parties – the ones in which the Church was one of the parties, the ones in which one of the parties is the King, the ones between patrons and clients, the ones between spouses and regular donations.

[16] *Ibidem*, p. 64;
[17] Jean Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, ed. a III-a, Montchrestien, Paris, 2001, p. 98;

All these Roman-inspired codes will gradually lose their legal force during the ninth to twelfth centuries, allowing local customs to take their place.[18] Although the Roman law didn't disappear entirely, the custom became the most important source of law. In this epoch, the French law transitioned from the personality of the legal norms applied to individuals depending on their origin, to the territoriality of the customs.[19] The reason for this fragmentation is a social and political one – the decline of the royal sovereignty through the division of Charlemagne's kingdom among his three heirs, which opened the way for feudal fragmentation, with the consequence of allowing each nobleman to impose on his domain his own custom. The castle, the center of the social, economic and political life, was almost entirely an autarchic universe. These specific conditions affected the law of that time, which also became fragmented – there were different customs applied to each domain. These customs were gathered and written starting from the thirteenth century. Later, King Charles the VII ordered, through Montils-lès-Tours ordinance, that all customs be written. The following kings had the same policy regarding the unwritten customs, which had the effect of the famous sixteenth century written collections of customs – *The 1509 Orléans Custom, The 1510 Paris Custom, The 1539 Bretania Custom, The 1583 Normandy Custom.*[20]

The regulation of donation contracts in the Paris Custom constituted a legal reference for the later Napoleonic Code. The regulations refer to the capacity of the parties to give and to receive donations, the goods which can constitute the object of donations, the formalities necessary for the validity of the contract and specific provisions regarding the donations with charges and the revocation of donations.[21]

The donors enjoyed a quasi-total freedom of disposing gratuitously of their own wealth through inter-vivos acts. The radical reaction against donations during the 1789 French Revolution had its cause in these acts of grand generosity, *pia causa*, that the Custom permitted, but that led to the impoverishment of the donor's descendents.[22]

Regarding the capacity to dispose through donations, article 272 of the Custom provides that any person with full exercise capacity may dispose of his entire wealth through inter-vivos donations, with the exception of those who, being under the age of 25, could only dispose of a part of their wealth.[23] This disposition is similar to the one in article 902 of the Napoleonic Code, which states that all persons may dispose through donations or receive donations, with the exception of those declared incapable by law.[24] All donations which were made by ill persons on the death-bed were considered by the Custom *mortis-causa* donations, and in this way the Custom established the incapacity of those persons to donate in those specific circumstances, in order to protect their wealth and the interest of their heirs. Regarding the capacity required for the donee, article 276 states that several donations are forbidden, such as the ones made for tutors, curators, teachers or administrators or their children, by the minors or those who are under their protection.[25] The same prohibitions were

[18] *Idem*, *Survivances romaines dans le droit de la monarchie franque du Ve au Xe siècle*, *Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis*, 23, Haarlem-Bruxelles, 1955, pp. 149-206;
[19] Jean Imbert, *Les références au droit romain sous les Carolingiens*, *Revue Historique de Droit français et étranger*, 2, 1995, pp. 163-174;
[20] Philippe Malaurie, Patrick Morvan, *op. cit.*, pp. 66-67;
[21] François Bourjon, *Droit commun de la France, et la Coutume de Paris*, Vol. II, Grange, Imprimeur-Libraire, au Cabinet Littéraire, Pont Notre-Dame, près la Pompe, Cellot, Impreimeur-Libraire, rue Dauphine, & à l'Ecu de France, Grand'Salle du Palais, 1770, p. 75;
[22] Richard Hyland, *Gifts. A Study in Comparative Law*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 5;
[23] François Bourjon, *op. cit.*, p. 76;
[24] *Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables*
[25] Robert-Joseph Pothier, *Lés traits du droit français, Tome VII,* Bechet ainé Libraire, Paris, 1825, p. 437;

included in the Napoleonic Code, in order to protect those whose consent may have been influenced by the ones who were legally required to protect them.

The category of donations between spouses was subjected to a restricted status – article 282 forbade such donations, and article 283 also forbade indirect donations among spouses. An indirect donation, according to the Paris Custom, is the one made for the spouse's children from a previous marriage, which the Custom presumes is actually done in favor of the spouse, and not the children.[26]

IV. The first major written law regarding donations - *L'ordonnance sur les donations* of 1731

Although since the tenth century the Roman law found itself in a phase of decline[27], starting with the eleventh century it reappeared through the Italian rediscovery of the Justinian's codification, *Corpus juris civilis*, by the Glossators School of Bologna.[28] The effect of this discovery divided France along this frontier: in the south there were *states of written law* (*pays de droit écrit)*, where Roman law was applied, and in the north there were *states of custom (pays du coutume)*, were customary law was applied. This division overlapped the previous historical, linguistic and social ones. However, even in the northern states, where customary norms were in force, the Roman law was used as a reference, widely used, since all jurists of the time were educated following the Glossators' method.[29]

Almost a century of academic upsurge due to the Roman law reception ends with the Super Specula of Philippe-Auguste, which prohibits the teaching of Roman law and compels all French universities to teach the law of ordinances and customs.[30] This prohibition was lifted in 1679, leaving a free way for Domat and Pothier to elaborate their remarkable doctrinal works, fundamental sources for the later Napoleonic Code.

Henri-François d'Aguesseau, chancellor of King Louis XV, highly influenced by Domat, proposes a century later the project of a French civil codification. In order to accomplish this goal, he adopted three ordinances, one regarding testaments, one regarding fideicommissary substitutions, and the 1731 ordinance specifically regarding the donations, which had a major role in this field for the Napoleonic Code.[31]

L'ordonance sur les donations (1731) stated for the first time in French civil law the solemnity of the donation contract – all such contracts had to be made in front of the notary, under the sanction of invalidity of the contract. This disposition influenced article 931 of the Napoleonic Code, which states in a similar manner that all donations have to be concluded in a solemn form.[32] Therefore, for the first time in French law, the form required for the validity

[26] T. K. Ramsay, *Notes sur la Coutume de Paris*, Imprimerie de la Minerve, Montreal, 1863, pp. 66-67;
[27] Jean-François Lemarignier, *Les actes de droit privé de Saint-Bertin au Haut Moyen Age. Survivances et déclin du droit romain dans les actes de la pratique*, *Mélanges Fernand de Visscher*, Bruxelles, 1950, pp. 35-72;
[28] Valerius M. Ciucă, *Euronomosofia*, Vol. I, *Prolegomene la o operă în eșafodaj*, Editura Fundației Academice AXIS, Iași, 2012, p. 107;
[29] Jean-Philippe Lévy, *La pénétration du droit romain dans le droit français de l'ancien régime*, în (ed.) Claude Bontems, *Nonagesimo anno. Mélanges en homage à Jean Gaudemet*, PUF, Paris, 1999;
[30] François Olivier-Martin, *Les professeurs royaux de droit français et l'unification du droit civil français*, Mélanges Sugiyama, 1939, pp. 262-264;
[31] Henri Regnault, Henri Capitant, *Les ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau: Les donations et l'Ordonnance de 1731,* Paris, Recueil Sirey, pp. 50-57;
[32] *Tous actes portant donation entre-vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats; et il en restera minute, sous peine de nullité;*

of a donation contract was instituted through the 1731 Ordinance as an exception from the principle of consensual agreement which governed the field of contracts.[33]

Another new aspect introduced by the Ordinance was the abrogation of *mortis causa* donations (*donations à cause de mort*). This type of donations constituted a third kind of gratuitous dispositions, along with inter-vivos donations and testaments.[34] Their prohibition was related to two common situations at that time: the mortis-causa donations made by the father to his descendents and the ones made by the descendents to their father. The effect of the abrogation consisted, therefore, in the impossibility of the descendents to dispose of the goods which they would have gained only as inheritance, on one hand, and, on the other, in the impossibility of the fathers to gain the goods of the descendents without coming to succession by testament, or competing with the mother, brothers and sisters.[35]

The conditions required for the capacity of the parties in order to conclude a valid donation contract, the conditions for the object of the donation and the formalities required for the validity of the contract are the ones that constituted a major source of inspiration for Napoleon's codification in the field of donation contracts in those specific matters.

V. Conclusions

After analyzing the legal evolution of the donation in Roman law, we underlined the Roman forms of donations that later influenced the Middle Ages French customary laws regarding gratuitous transfers. The plurality of French customs, which imposed different rules governing gifts, ended with the first attempt to adopt a uniform legal instrument regarding donations. This legal unification in the field of donations, applicable on the entire French territory, regardless of the unwritten, customary law or written, Roman law traditions of some French states, was made through *L'ordonance sur les donations* of 1731. This particular codification, along with the Roman institutions and the customs influenced by Roman law, constituted the fundamental sources of the 1804 Napoleonic Civil Code in the field of the donation contract.

This work was supported by the strategic grant POSDRU/159/1.5/S/141699, Project ID 141699, co-financed by the European Social Fund within the Sectorial Operational Program Human Resourses Development 2007-2013

Bibliography:

1. Bourjon, François, *Droit commun de la France, et la Coutume de Paris,* Vol. II, Grange, Imprimeur-Libraire, au Cabinet Littéraire, Pont Notre-Dame, près la Pompe, Cellot, Impreimeur-Libraire, rue Dauphine, & à l'Ecu de France, Grand'Salle du Palais, 1770;
2. Boutaric, François de, *Explication de l'Ordonnance de Louis XV, du mois de Février, 1731, concernant les donations*, François Girard Imprimeur Libraire, Avignon, 1766;
3. Ciucă, Valerius M., *Lecţii de drept roman*, Vol. I, Polirom, Iaşi, 1998;
4. Ciucă, Valerius M., *Lecţii de drept roman,* Vol III, Polirom, Iaşi, 1999;
5. Ciucă, Valerius M., *Lecţii de drept roman,* Vol. IV, Editura Polirom, Iaşi, 2001;

[33] Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, tome II,* éd. 9, Librairie Génerale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1923, p. 342;
[34] Jean Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel. Tome I,* Nyon Libraire, Paris, 1777, pp. 172-173;
[35] François de Boutaric, *Explication de l'Ordonnance de Louis XV, du mois de Février, 1731, concernant les donations*, François Girard Imprimeur Libraire, Avignon, 1766, p. 12;

6. Ciucă, Valerius M., *Euronomosofia*, Vol. I, *Prolegomene la o operă în eșafodaj*, Editura Fundației Academice AXIS, Iași, 2012;
7. Domat, Jean, *Les loix civiles dans leur ordre naturel. Tome I*, Nyon Libraire, Paris, 1777;
8. Gaudemet, Jean, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, ed. a III-a, Montchrestien, Paris, 2001;
9. Gaudemet, Jean, *Survivances romaines dans le droit de la monarchie franque du Ve au Xe siècle*, *Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis*, 23, Haarlem-Bruxelles, 1955;
10. Gilliver, Kate, *Essential histories. Caesar's Gallic Wars 58-50 BC*, Routledge, Taylor & Francis Group, New York, 2005;
11. Hanga, Vladimir, Bob, Mircea Dan, *Curs de drept privat roman*, Ed. a IV-a, Universul Juridic, București, 2011;
12. Hyland, Richard, *Gifts. A Study in Comparative Law*, Oxford University Press, New York, 2009;
13. Imbert, Jean, *Les références au droit romain sous les Carolingiens*, *Revue Historique de Droit français et étranger*, 2, 1995;
14. Jakotă, Mihail, *Drept roman, Partea I, Introducere în studiul societății și a instituțiunilor dreptului roman,* Editura Cugetarea, Iași, 2002;
15. Lemarignier, Jean-François, *Les actes de droit privé de Saint-Bertin au Haut Moyen Age. Survivances et déclin du droit romain dans les actes de la pratique*, *Mélanges Fernand de Visscher*, Bruxelles, 1950;
16. Lévy, Jean-Philippe, *La pénétration du droit romain dans le droit français de l'ancien régime*, în (ed.) Claude Bontems, *Nonagesimo anno. Mélanges en homage à Jean Gaudemet*, PUF, Paris, 1999;
17. Malaurie, Philippe, Morvan, Patrick, *Drept civil. Introducerea generală*, trad. Diana Dănișor, Editura Wolters Kluwer, București, 2011;
18. Olivier-Martin, François, *Les professeurs royaux de droit français et l'unification du droit civil français*, Mélanges Sugiyama, 1939;
19. Planiol, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil, tome II,* éd. 9, Librairie Génerale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1923;
20. Pothier, Robert-Joseph, *Lés traits du droit français, Tome VII,* Bechet ainé Libraire, Paris, 1825;
21. Ramsay, T. K., *Notes sur la Coutume de Paris*, Imprimerie de la Minerve, Montreal, 1863;
22. Regnault, Henri, Capitant, Henri, *Les ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau: Les donations et l'Ordonnance de 1731,* Paris, Recueil Sirey.

DIGNITY AND EQUALITY – TERMINOLOGICAL DISTINCTIONS FROM THE LEGAL PERSPECTIVE

Cristina Sâmboan, PhD Student, University of Economic Studies, Bucharest

Abstract: Equality is a fundamental principle of modern democracy. Initially theorized by the philosophers of the Age of Enlightment as an answer to the increasingly acute disfunctionalities of a social system founded on the premises of the 'natural' inequality between people, the equality system reaches a primely and enthusiast legal consacration in the grand Declaration of human rights at the end of the XVIIIth Century, being swiftly assimilated by the liberal Constitutions of the XIXth Century afterwards and further, taken over by the great majority of the national, regional, international law systems. At the time being, equality stopped being a mere philosophical concept, but a rightful rule. Legally speaking, the principle of equality is apprehended as the forbiddance of discrimination - to be exact, the abusive treatments based on the premise of the inequality between people.
We can't state the same thing about 'dignity' - young legal concept, included in the realm of law only after the WW2, through the Universal Declaration of the Human Rights.Since then, the law uses the term on a grand scale, but it does not define it.
The article aims to rigurously clarify the relation between these two legal and interconected concepts: dignity and non-discriminantion. The analysis starts with the necessity of clarifying the content of the controversial notion of dignity and reaches the conclusion that, in spite of frequently inaccurate legal terminology, dignity is a fundamental value only partially covered by the egality priciple and the imperative rule of non-discrimination.

Keywords: dignity, dicrimination, egality, human rights, discriminatory treatments, abuse of right.

Equality is one of the founding principles of modern democracies, theorized, in the first stage, by the Enlightment philosophers in the effervescent context of the XVIIth and the XVIIIth century and juridically established by the first Declarations of law from the end of the XVIIIth century. Equality reflects a major change of paradigm in a social system (*Ancien Régime*) founded on a totally antagonistic principle: the one concerning the natural inequality of people. In its juridical meaning, equality looks not to abate the real differences between individuals (wealth, power, abilities etc.), but to establish a neutral normative and social position before these inevitable incongruences.

The concept of *equality* got a quick legal establishment in the Declarations of the XVIIIth century, being then imediately assimilated by the liberal Constitutions of the XIXth century. Legally speaking, equality assumes interdiction of arbitrary or illegal treatments – put in other words, the forbidance of discrimination. In its first states, equality sets forth, more than anything, the abate of aristocratic privileges, based on the birth criterion. Subsequently though, starting with the social evolutions, the pallet of criteria susceptible to generate discriminating treatments broadened considerably: sex, ethnic origin, religious beliefs, political views and, later on, physical disabilities or sexual orientation are, nowadays, as many normative flags for discrimination, basically omnipresent in the democratic legislations, whether national or international.

Taking the protection of human rights on an international scale (arisen after the Second World War), the notions of *equality* and *discrimination* have been enriched and given

other keys. Multiple normative contexts[1] as well as different approaches of the international courts, have broadened the fields where these two intertwined terms are applied and have refined their meanings. Judicial practice has proved that, besides the obvious, *direct*, asserted discrimination – for instance, administering unemployment allowances or other social advantages only to married men, but not also to married women[2], or establishing a different way of calculating the pensions according to ethnic origin[3]– yet another type of discrimination exists, an *indirect* one, through which a seemingly neutral measure, applied without any distinctions, generates outcomes which are, in fact, discriminatory (for instance, administering funeral aids in case of death of a close relative, in favour of all employees in a state, regardless of their origin or nationality, but on condition that the funeral takes place in the respective state, whether apparently regarded as a nondiscriminatory measure, actually puts the foreign employees with close relatives living in their native country[4], in most case, on a clear disadvantage).Indirect discrimination should not, in its turn, be confused with *disguised* discrimination, which stands for a form of direct discrimination, but dissimulated under the umbrella of excessive requirements (for instance: the demand to flawlessly speak the language of the Host State, given the conditions that the specific competences of the respective position do not demand such abilities). All these distinctions brought up the concept of *formal equality*, opposed to the *substantial equality* one, both being meant to identify the discriminatory character of a norm, not just according to the way a legal document is being put toghether, but also based on the outcomes in the reality realm[5].

Substantial equality sometimes assumes, however, also adopting some proactive measures - the so-called *positive actions*, or measures of *positive discrimination* - from the state, meant to reduce unjust social disparities - for instance, norms which would impose the anonymity of the CVs, so that the use of rejecting the candidates through ethnic criteria and not according to qualifications, merits and skills, would be discouraged; or determining a minimum mandatory percentage of positions for women in certain proffesional fields in which they are under-represented[6]. Also aiming to obtain substantial equality is the concept of *reasonable accommodation*, which implies adjusting the physical environment or the conjunctural reality with a set of measures that would ameliorate the circumstances of some underprivileged groups which, even in the case of unexisting discriminatory norms, can be disadvantaged through their own vulnerability (e.g.: building an access ramp for people with disabilities or having the meatless menu as an option for employees who, by reasons concerning religious beliefs, are fasting). The concept of *reasonable accommodation* draws attention to the fact that, under the circumstances of existing underprivileged groups (through

[1] E.g.: *Universal Declaration of Human Rights, International Convenant on Civil and Political Rights, International Convenant on Economic, Social and Cultural Rights, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, International Convention of the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Convention of the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*

[2]*Broecks c. Olandei*, CCPR/C/D/172/1984 sau *Zwaan de Vries c. Olandei*, CCPR/C/29/D/182/1984;

[3]*Ibrahima Gueye ș.a. c. Franței,* CCPR/C/35/D/196/1985 – namely, the French law calculated differently the retired pays of French origin militaries, in relation to the Senegalesian ones, to the disadvantage of the latter;

[4]CJCE, C-237/94, *O'Flynn c. Adjudication Officer*.

[5]In UK, the Equality Act 2010 makes it clear that treating two people identically may not be sufficient to guarantee that they have been treated equally in law if the task, physical environment or service does not offer them equality of outcome.

[6]*Guido Jacobs v. Belgium,* CCPR/C/81/D/943/2000. Namely, the plaintiff pleaded discrimination on the terms of rejecting his nomination from one of the 22 positions within a public institution, out of which minimum 8, according to the Belgian legislation, should have been filled by women. His complaint was rejected, the Committee assessing the respective legal measure as being a positive action, adequate to the legitimate purpose of improving the poor number of women represented in the respective field.

their poor number in regard to the majority, or through their physical feebleness or by any other reasons), the simple inaction can stand for discrimination. All these measures meant to reduce the gap between underprivileged groups and the majority must have a proportionate character though, fit for the designated purpose, if not, the risk of a 'perverted' effect might occur, through which the initial underprivileged group is provided with an excessive artificial support, meant to block the else meritorious assertion of the majority group. It is the question of the so-called *reverse discrimination*, by dint of, for instance, a measure designed to encourage the training of an ethnic minority group through establishing a compulsory number of positions assigned to the respective group within the bounds of an university determines the rejection on this ground of far more well-prepared individuals, whose affiliation to the majority group thus becomes a disability[7] in the true meaning of the word.

Discrimination (the defiance of the principle of equality) can come to the fore in all the areas of social life, it can take on the most diverse forms, and its grounds are not limited to the many lists of criteria indicated by different legal texts, these lists being accounted as open, exemplifying. As for the ways through which discrimination and its authors can operate, there are four which can be identified: a) through a legal discriminating text (direct or indirect); b) through the discriminating appliance of the law, by the abilitated individuals and institutions; c) through discriminating acts of natural or legal persons; d) through the lack of measures meant to counteract discrimination or its effects (the lack of positive action). Thus, the main international protection of human rigts[8] texts reveal a set of four obligations of the State in its task of protecting the principle of equality, namely: a) guaranteeing the equal protection through law ('equality in law'). Judicial practice has repeatedly underlined that not any legal text which differentiates, is by default discriminatory, being that some social categories or groups are simply not suited to the situation stipulated for the respective norm[9], as also: not any ruling out of a category from a certain legal advantage is always arbitrary and abusive (for instance, ruling out individuals which do not hold Host State citizenship from the possibility of employment in certain public position which imply dealing with information of national interest) ; b) guaranteeing equality in the face of the law (the undiscriminating appliance of law); c) the forbidance of horizontal discrimination (practiced between private persons); d) guaranteeing efficient protection against discrimination.

The concept of *dignity* as we know it today - a universal attribute under which any human being is valuable in itself - was also shaped by the Enlightenment philosophers. Unlike *equality*, however, its legal acknowledgement came much later, namely just after World War II, with the Univesal Declaration of Human Rights in 1948. It is true that UDHR was the debut of a spectacular legal and juridical career for *dignity* which, similarly to *equality*, later enjoyed a massive normative recognition within the immense majority of human rights instruments[10], being also inserted in more than one hundred constitutional texts and,

[7]see also Charles Taylor – *The Politics of Recognition*, p. 40, available at: http://elplandehiram.org/documentos/JoustingNYC/Politics_of_Recognition.pdf;

[8]*International Convenant on Civil and Political Rights* (Art. 26), *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (Art. 5), *International Convention of the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Convention of the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* a.o;

[9]See, for example, *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, and *Weatherall v.Canada*, [1993] 2 S.C.R. 872, in both of which it was held that a distinction on the basis of sex was not discriminatory – the former involving a Criminal Code provision specifying that only men can be guilty of the offence of statutory rape, and the latter deciding that a prohibition on male prison guards performing frisk searches of female prisoners while female prison guards were not restricted from performing such searches on male prisoners is not discriminatory;

[10]*Universal Declaration of Human Rights, International Convenant on Civil and Political Rights, International Convenant on Economic, Social and Cultural Rights, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, International Convention of the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Convention of the*

moreover, intensely instrumented by national and international courts[11]. It is also true that, just as *equality* is concerned, *dignity* is not a mere right, but a recognized fundamental value of all human rights, standing together with *freedom* and *equality* in the the preambles of international normative texts. The net difference to *equality*, aside from its tardive legal recognition, consists in that there in no articulate judicial theory, if not a definition of *dignity*, at either doctrinary, legal or jurisprudential levels, that would clarify its scope and significance. If where discrimination is concerned there is a real terminology specific to the field and an almost full consensus regarding types of discrimination, ways of counteraction, evaluation criteria of the legitimacy of assumed discriminatory measures etc. – in short, there is an elaborate theory on *equality*, and therefore, on discrimination – we cannot say the same about *dignity* which, although intensely invoked, does not benefit from an uniform interpretation. Moreover, on a doctrinary level, the notion is often subject to almost passionate impugnment[12].

The space and purpose of the present work do not allow a detailed presentation of the methods of deciphering these uncertainties regarding the legal concept of *dignity*. The approach itself requires reporting to the extensive analysis of the subject which have been made in this field[13]. I will simply synthetize here some relevant conclusions regarding the legal significance of the concept of *dignity*.

Namely because there is no legal definition or a legal development of the concept, any approach for clarification inevitably begins at the following landmarks: the historical context that led to its assimilation by right, the significance attributed to it in the collective mind at that moment[14], the legal texts in which *dignity* has been inserted and, last but not least, the way courts of law understand to instrumentalize the concept. A rigurous analysis of these elements leads to the following conclusions:

1. The legal concept of *dignity* proposed the legal protection of the *respect* owed to the human being and its placing, after 1948, alongside *equality* and *freedom* on the list of fundamental values underlying human rights has as a consequence an increase in the risk of abusive use of the rights, meaning that from this moment onward the human rights do not merely stand for our necessity to express ourselves freely limited only by the similar rights of our fellow human beings, but for the respect that we owe them. *Dignity* is not merely a right but also an obligation;
2. The *respect* for the human being, as a value protected by *dignity*, concerns essentially three elements: a) respect for *uniqueness*; b) respect for *autonomy* which in turn has several stances: freedom of choice for the decisions regarding one's own person, control over one's own existence and own person (including over one's social image) and guarantee of necessary conditions for self- development and personal fulfillment,

---

Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Universal Declaration on Human Genom and Human Rights etc.;

[11]*Infra*, p. 7-8;

[12]Ruth Macklin - *Dignity is a useless concept,* British Medical Journal, 2003; Anne-Marie Le Pouhriet - „*Touche pas a mon Preambule!", Le Figaro,* 24 mai 2008; Gilbert Hottois - *Dignité humaine et bioéthique.Une approche philosophique critique",* Revista Colombiana de Bioética, vol. IV, no. 2, dec. 2009 and many others...

[13] Christopher McCrudden - *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights,* The European Journal of International Law, vol. 19, no. 4, 2008; Erin Daly - *Dignity Rights*, University of Pennsylvania Press 2013; Doron Shultziner - *Human Dignity: Functions and Meanings*, Don Chalmers & Ryuichi Ida, *On the International Legal Aspects of Human Dignity: Idea and Application,* (vol. *Perspectives on Human Dignity. A conversation,* Springer, 2007)*;* Jack Donelly – *Human Dignity and Human Rights,* University of Denver, 2009 available at: http://www.udhr60.ch/report/donnelly-HumanDignity_0609.pdf etc.;

[14]Is the one given by Kant in "*The Metaphysics of Morals"*

and c) ban on the instrumentalization of the human being (translation of the kantian principle: "treat the human being as a purpose in itself and not as a mean to an end");

3. As for behaviours that can possibly damage or express dignity, these can take many and highly diverse forms. In a majority of cases, the courts invoke dignity where infringement of certain rights that are already established is concerned or in case of an abusive exercise of freedom of speech (*ban of torture, inhuman or degrading treatments* – respectively inadequate detention[15], body search that requires taking one's clothes off[16], to the extent that it is not strictly necessary in relation to the actual data of the situation, shaving off of one's hair[17], etc.; *ban of slavery and forced labor*[18]; *the right to respect for private and family life*, e.g. the European Court of Justice (ECtHR) associates dignity with a transsexual's right to have their new identity recognized by authorities following a surgical intervention done to this purpose[19], or with the decision of a person affected by a degrading and incurable disease to make use of the ,,assisted suicide" procedure[20]; *the freedom of speech* – e.g. violating the dignity of immigrants by disseminating a report containing racist and mocking remarks at their address[21]; *ban of discrimination*[22]).This is explicable when taking into account that dignity is a fundamental value of human rights, which means that the rights are the expression of dignity and therefore any violation of a right automatically leads to the violation of dignity. Nevertheless there are situations where, although no human right has been violated, the courts find that dignity has been infringed upon – and these are the situations that highlight as a litmus the extra value brought by the dignity to the right: e.g., in a reference case[23],the Court of Luxembourg confirmed the decision of a German court of law to ban the marketing of a game that simulates killing by shooting[24],citing as reason for the decision the violation of dignity (as can be noticed, this is about the ban on instrumentalization of the human being). Or, in a similar case, The Supreme Court of Israel banned the showing of a pornographic movie under the pretext of respecting women's dignity[25].In another case on the *dignity*[26] matter, The Supreme Court of France confirmed the decisions of the local authorities to ban the *"lancer de nain"* shows, which consist in projecting a dwarfism affected person (specially equiped for this purpose) as far off into the public. Invoking

[15]*Peers v. Greece*, c.28524/1995, para. 75;
[16]*Valasinas v. Lituania*, c. 44558/98 (para. 117), *Van der Ven v. Olanda*, c. 50901/99, para. 60;
[17]*Yankov v. Bulgaria*, c. 39084/1997, para. 110-114:*<112. A particular characteristic of the treatment complained of, the forced shaving off of a prisoner's hair, is that it consists in a forced change of the person's appearance by the removal of his hair. The person undergoing that treatment is very likely to experience a feeling of inferiority as his physical appearance is changed against his will.113. Furthermore, for at least a certain period of time a prisoner whose hair has been shaved off carries a mark of the treatment he has undergone. The mark is immediately visible to others, including prison staff, co-detainees and visitors or the public, if the prisoner is released or brought into a public place soon thereafter. The person concerned is very likely to feel hurt in his dignity by the fact that he carries a visible physical mark.>*;
[18]*Siliadin v France*, c. 73316/01, para. 142;
[19]*Goodwin v. UK*, c. 28957/1995, para. 90;
[20]*Pretty v. UK*, c. 2346/2002, para. 65;
[21]*Jersild v. Denmark*, c. 15890/1989;
[22]*Goodwin v. UK*, c. 28957/1995, *Chapmann v. UK*, c. 27238/1995;
[23]Case C–36/02, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs- GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* [2004] ECR I–9609, para 34;
[24]The game also entered the Romanian market under the name *Lasermax* and is practised in specially designed spaces.
[25]*Station Film Co. v. Public Council for Film Censorship* (1994) 50 PD (5) 661.
[26]*W ackenheim v. France* , CCPR/C/75/D/854/1999: France, 26 July 2002, at para. 7.4.

public order reasons, the French judges considered the concerned individual's consent as irrelevant in this context. Exactly as in the case of *Omega* or *K.A., dignity* is invoked here autonomously, no other rights being violated, and, in addition, is the decisive legal argument in the matter[27].

As one can see, between *dignity* and *equality* there are differences as well as overlaps. A first observation that emerges is that whilst *equality*, as a fundamental value of human rights mentioned in the preambles of international acts that regulate and protect these rights is consolidated by an express ban on discrimination which is also regulated separately, within the contents of the same normative documents, *dignity*, in turn, does not receive a similar correlative obligation. There is no express ban on the violation of dignity or a clearly stated obligation to respect it. The consequence: the possibility of courts of law to reject requests based on violation of dignity even under the circumstances where violation is accepted[28].

As for the scope of protection, it is obvious that both concepts are based on the idea of respect towards the human being and also both particularly highlight the necessity to respect the *uniqueness* of the human being, even where this uniqueness is a disadvantage, a vulnerability. Uniqueness (determined by uncontrollable individual characteristics but also by the opinions of an individual – religious beliefs, sexual orientation, etc.) represents only one of the dimensions of dignity whilst it is the essence of *equality*[29]. Due to the fact that equality – in its legal sense – does not actually intent to blot out the differences, and neither are levelling and uniformity its main goal.On the contrary, equality is the one that actually encourages the uniqueness, protecting it from abuse and inequities, insofar as it represents a vulnerability. Dignity, by contrast, covers a broader range of human values that are adjacent to respect and uniqueness is only one of them. Therefore, it is clear that not every violation of the dignity means that we have to deal with some form of discrimination. For example, in the case of "lancer de nain", the injured party is dignity, even if there was not any other discrimination[30] Mr. Wackenheim's dwarfism was not the source of any discrimination in this case - Mr. Wackenheim, conversely took advantage from the show that the local authorities considered offensive for human dignity and, thus, he attacked the decision of those authorities[31]. The uniqueness of Mr. Wackenheim was purely circumstantial: the show was banned not because the alleged victim was a midget, but because the human body was mocked and used as a "flying object".

Therefore, when dignity is touched we are not automatically facing discrimination. Concerning the reverse question – whenever equality is breached (namely, we are facing a discrimination), the dignity is violated, too? – the answer could be affirmative, taking into

[27]Mentionable that, in the first stage, the local administrative courts of law abated the decisions of banning the shows.

[28]*Pretty v. UK*, c. 2346/2002, para. 65. It is interesting to notice how the Court, after acknowledging „ *the respect of human dignity and human freedom*" as „*the very essence of the Convention*" and also admitting the legitimacy of the complainant's claims based on the necessity of the protection of her own identity and on the distinction between "the right to life" and "the quality of life", finally rejects her request aimed against the authorities that denied her the possibility of assisted suicide. It is not the first such case where the Court, although recognizing the violation of dignity, rejects nevertheless the complainant's application (see also *Ranien v. Finland*, c. 152/1996/771/972, para. 53 or *Chapmann v. UK*, c. 27238/1995, para. 99);

[29]There are authors who noticed a certain paradox of joining side by side the values of dignity and equality: one highlights the value of differences, while the latter wants to cancel them (Charles Taylor, *op. cit.*);

[30] Note above 26;

[31]The irony in this case is that both sides have invoked dignity in supporting of the perfect opposites positions: Mr. Wackenheim considered that the ban of the show to be an offence to his dignity, limiting the possibility to earn money;.

account that there is an overlapping area between dignity and equality: the uniqueness, the identity. The elements related to identity are the main criteria underlying the discrimination basis (sex, beliefs, ethnicity, age, sexual orientation, disabilities etc.). Certain courts[32] have emphasized that these criteria do not always bring along an infliction upon dignity, but they do so solely in those circumstances where the particular criteria reside in specific mental prejudices or stereotypes related to a presumable inferiority of the discriminated victim (person or group).[33] However, there are cases in which legal distictions stem not from a presumption of inferiority (be it even undeclared) of the respective group, but, simply, from an inadequacy in regard to the benefits which were given to other category. These kind of situations are, for instance, those based on age (for example, administering social benefits to people who have suffered a trauma, but only on condition that they are aged over of 45, people under this age being declined the benefit, although their circumstances are the same. In these cases, even if discrimination is proven, the dignity is not touched. In order that dignity suffers inflictions along with the act of discrimination, it is necessary that: a) a discrimination *criterion* is used which reflects a prejudice regarding the inferior value of the discriminated group or person, or b) an *effect* of discrimination is produced which would affect one of the values protected by dignity (for instance, autonomy – in the previously mentioned case, for example, dignity can be inflicted if, regardless of the fact that, even if the accouned for criterion is neutral - the age under 45 - the effect is that the particular persons are kept in a state of poverty because their social benefit is denied), or c) both the above-mentioned conditions are met – in which case the infliction of dignity is stronger.

From a personal point of view, the fact that discrimination brings along an infliction upon dignity is less relevant as, once discrimination is noted, the judicial effects are the same for the discriminatory act/measure. The dignity's infliction could indeed have consequences in the form of possible material compensations but it does not produce, in itself, no additional effect towards the discriminatory measure.

The relevance of dignity in the field of discrimination must not be overestimated. The uniqueness, as the main value jeopardized by discrimination and protected by dignity, it is also protected by equality, but in a far better way. It is also true that the violation of dignity is in almost every case a secondary effect of the discrimination, but cannot be the only one: in one way or another, every individual/group excluded from some benefits of the law may invoke an attack upon dignity. That is why the assesment process of the discriminatory effect of an act/measure has to take into considerations other criteria too, as the compatibility in regard to the benefits which are applied for. Otherwise, the risk of reverse discrimination or abusive and speculative claims may become real. The dignity has a valuable role in the law, which is not the one of a substitute for missing rights.

Bibliography:

- Brennan, Andrew și Lo, I.S. - *Two Conceptions of Dignity: Honour and Self-Determination* (in vol. *Perspectives on Human Dignity. A conversation,* Springer, 2007);
- Coulehan, Jack - *Dying with Dignity: The Story Reveals Its Meaning* (in vol. *Perspectives on Human Dignity. A conversation*, Springer, 2007);

[32]Supreme Court of Canada, *Gosselin v. Québec (Attorney General),* [2002] S.C.C. 84; it is one of courts that is intensively preoccupied with the connection that could be established between discrimination and the violation of dignity. To be checked in this regard the study of Denise G. Réaume, *Dignity and Discrimination* in Louisiana Law Review, vol. 63/2003;

[33]*Miron v. Trudel* [1995] 2 S.C.R. 418, *Egan v. A.G. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513.

- Daly, Erin - *Dignity Rights*, University of Pennsylvania Press 2013;
- Donelly, Jack – *Human Dignity and Human Rights,* University of Denver, 2009; accesibil on-line la adresa: http://www.udhr60.ch/report/donnelly-HumanDignity_0609.pdf;
- Linte, Marius Dumitru – *Asupra demnităţii în drept şi nu numai,* Pandectele Române, Bucureşti, nr. 6 din iunie 2011.
- Malpas, Jeff - *Human Dignity and Human Being* (vol. *Perspectives on Human Dignity. A conversation,* Springer, 2007);
- McCrudden, Christopher - *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights,* The European Journal of International Law, vol. 19, no. 4, 2008;
- Réaume G., Denise – *Dignity and Discrimination* in Louisiana Law Review, vol. 63/2003;
- Taylor, Charles – *The Politics of Recognition,* p. 40, available at: http://elplandehiram.org/documentos/JoustingNYC/Politics_of_Recognition.pdf

This paper has been financially supported within the project entitled ***"Horizon 2020 - Doctoral and Postdoctoral Studies: Promoting the National Interest through Excellence, Competitiveness and Responsibility in the Field of Romanian Fundamental and Applied Scientific Research",*** contract number POSDRU/159/1.5/S/140106. This project is co-financed by European Social Fund through Sectoral Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013. **Investing in people!**

THE CONSTITUTIONAL PROTECTION OF THE HEALTH RIGHT. COMPARATIVE LAW

Cristina Teodora Pop, PhD Student, "Al. Ioan Cuza" University of Iași

Abstract: In Romania, the health right is stipulated at art.34 of the Fundamental Law, being assured in correlation with the other fundamental rights stipulated in the Constitution, a great importance having the right to life and to physical and psychical integrity (art.22) and the right to a healthy environment (art.35). The content of this right was figured out through the decisions of the Constitutional Court pronounced in the procedure of the a posteriori constitutional control concerning the medical legislation, decisions which contributed to the development and to the constitutionalisation of the medical Romanian law.
The Constitution of the Federal Republic of Germany, stipulates at art.2 the right at life and at corporal integrity, which is a fundamental right analyzed through many decisions of the Federal Constitutional Court, decisions which are part of the same process of development of law through the decisions of the constitutional courts.

Keywords: constitutional law, comparative law, health right, fundamental rights, development of law.

1. PROTECŢIA CONSTITUŢIONALĂ A DREPTULUI LA OCROTIREA SĂNĂTĂŢII ÎN ROMÂNIA[1]

Potrivit legislaţiei româneşti, dreptul la ocrotirea sănătăţii este un drept fundamental, fiind reglementat la art.34 din Constituţie. Conform acestuia „dreptul la ocrotirea sănătăţii este garantat" (alin.1), iar statul are obligaţia de a lua măsuri pentru asigurarea igienei şi a sănătăţii publice (alin.2). Dreptul la ocrotirea sănătăţii nu poate fi, însă, tratat separat, ci în corelaţie cu celelalte drepturi constituţionale, dintre care prezintă relevanţă dreptul la viaţă şi la integritate fizică şi psihică (art.22), dreptul la viaţă intimă, familială şi privată (art.26), dreptul la informaţie (art.31), dreptul la un mediu sănătos (art.35), dreptul la muncă şi la protecţia socială a muncii (art.41) şi protecţia persoanelor cu handicap (art.50). Potrivit acestuia din urmă, persoanele cu handicap beneficiază de o protecţie specială, asigurată prin politici naţionale bazate pe principiile egalităţii şanselor, prevenirii şi tratării handicapului, participării efective a persoanelor cu handicap la viaţa comunităţii şi respectării drepturilor şi îndatoririlor părinţilor şi tutorilor.

O importanţă din ce în ce mai mare se acordă în ultimii ani asigurării dreptului la un mediu înconjurător sănătos şi echilibrat ecologic, ca premiză a ocrotirii sănătăţii. În acest sens, potrivit art.35 din Constituţie, statul este obligat să asigure cadrul legislativ pentru exercitarea cestui drept (alin.(2)), iar persoanele fizice şi juridice sunt chemate să protejeze şi să amelioreze mediul înconjurător (alin.(3))[2].

De asemenea, practica ultimelor decenii impune analiza dreptului constituţional la ocrotirea sănătăţii în coroborare cu alin.(2) al art.26 din Constituţie, potrivit căruia persoana

[1] Aspectele din cuprinsul acestui subcapitol se regăsesc tratate în Capitolul „Legislaţie şi etică medicală", Cristina Pop, pp.475-488, din *Curs intensiv de boli digestive,* Editura „Gr.T.Popa" Iaşi, 2013.
[2] Muraru, I., Tănăsescu, S. (2008). Constituţia României: comentariu pe articole, pp.324 -329.

fizică are dreptul de a dispune de ea însăşi, cu condiţia neîncălcării drepturilor şi a libertăţilor altora, a ordinii publice sau a bunelor moravuri.

Exercitarea drepturilor fundamentale exemplificativ enumerate poate fi restrânsă, în mod excepţional şi numai dacă se impune pentru oricare din următoarele motive, expres şi limitativ prevăzute la art.53 din Legea fundamentală, considerate de către legiuitorul constituţional justificative pentru o astfel de restrângere: apărarea securităţii naţionale, a ordinii, a sănătăţii ori a moralei publice, a drepturilor şi a libertăţilor cetăţenilor, desfăşurarea instrucţiei penale, prevenirea consecinţelor unei calamităţi naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav (alin.(1)). Pentru ca o restrângere aplicată în ipotezele enumerate să fie legal valabilă trebuie să îndeplinească, potrivit dispoziţiilor alin.(2) al art.53 următoarele condiţii: să fie impusă prin lege, să fie necesară într-o societate democratică, să fie proporţională cu cauza, să fie nediscriminatorie şi să nu aducă atingere existenţei dreptului sau a libertăţii[3]. Totodată, la art.152 alin.(2), referitor la limitele revizuirii, Constituţia arată că drepturile şi libertăţile fundamentale ale cetăţenilor sau garanţiile acestora nu pot fi suprimate printr-o eventuală revizuire a Legii fundamentale.

Implementarea dreptul la ocrotirea sănătăţii nu este practic posibilă decât prin crearea unui sistem eficient de asigurări sociale pentru boală, accidente, maternitate şi recuperare, prin controlul exercitării profesiilor medicale şi a activităţilor paramedicale, precum şi prin alte măsuri de protecţie a sănătăţii fizice şi mentale a persoanei, obligaţii ale statului prevăzute la art.34 alin.(3) din Constituţie, în considerarea dispoziţiilor constituţionale ale art.1 alin.(3), conform cărora România este un stat sociale, coroborate cu cele ale art.4 alin.(1) referitoare la solidaritatea cetăţenilor ca fundament al statului[4].

Astfel reglementat, dreptul la ocrotirea sănătăţii este un drept complex, ambivalent, caracterizat printr-o componentă substanţială şi una procedurală[5]. Acesta reprezintă, totodată, un drept-creanţă, statul având obligaţia pozitivă generală de a-l garanta efectiv, prevăzută la alin.(1) al art.34 din Constituţie[6], obligaţie ce se completează, prin prisma dispoziţiilor constituţionale ale art.20 alin.(1), cu obligaţiile prevăzute în tratatele internaţionale privind drepturile omului, dintre care, o incidenţă majoră o au Pactul internaţional privind drepturile economice, sociale şi culturale[7] şi Carta socială europeană.

Dispoziţiile instrumentelor internaţionale şi prevederile constituţionale ante referite au fost dezvoltate la nivel naţional printr-o bogată legislaţie, reglementarea-cadru in domeniul sănătăţii fiind reprezentată de Legea nr.95/2006 privind reforma în domeniul sănătăţii[8], care, având dimensiunile unui cod, reglementează, pe parcursul a şaptesprezece titluri, întregul sistem al sănătăţii publice în România.

O altă lege, mai puţin cunoscută şi analizată în literatura juridică, este Legea nr.46/2003 privind drepturile pacientului[9], adoptată ca urmare a asumării de către România a principiilor şi strategiei de protecţie şi garantare a drepturilor pacientului exprimate la Conferinţa europeană cu aceeaşi temă, ce a avut loc la Amsterdam la 30 martie 1994. Această conferinţă a avut ca principalul obiectiv declarat realizarea unei armonizări, în vederea unei viitoare codificări, a drepturilor pacienţilor, finalizându-se cu adoptarea Declaraţiei

[3] *Ibidem*, pp.527-546.
[4] Tudorel T. (2011). Constituţia României reflectată în jurisprudenţa constituţională, pp.115.
[5] *Ibidem*, pp.115.
[6] Muraru, I., Tănăsescu S. (2008). Constituţia României: comentariu pe articole, pp.319.
[7] *Ibidem*, pp.319.
[8] Legea nr.95/2006 privind reforma în domeniul sănătăţii , publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.372 din 28 aprilie 2006.
[9] Legea nr.46/2003 privind drepturile pacientului, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.51 din 29 ianuarie 2003.

promovării drepturilor pacienţilor în Europa. În aplicarea Legii nr.46/2003 au fost elaborată şi aprobată Norma de aplicare din 7 aprilie 2004[10].

Actele normative arătate au fost supuse controlului de constituţionalitate *a posteriori*, fiind, astfel, analizate prin deciziile Curţii Constituţionale.

Cu privire la dispoziţiile Legii nr.95/2006, Curtea Constituţională a pronunţată trei decizii de admitere a excepţiilor de neconstituţionalitate invocate, respectiv Decizia nr.1394 din 26 octombrie 2010[11], Decizia nr.335 din 10 martie 2011[12] şi Decizia nr.223 din 13 martie 2012[13], şi numeroase decizii de respingere a unor astfel de excepţii, care prezintă un real interes pentru clarificarea aspectelor juridice supuse controlului instanţei de contencios constituţional.

Astfel, prin Decizia nr.1394 din 26 octombrie 2010 referitoare la excepţia de neconstituţionalitate a dispoziţiilor art.257 alin.(2) lit.f) teza finală din Legea nr.95/2006 privind reforma în domeniul sănătăţii, Curtea a constatat neconstituţionalitatea acestor prevederi, statuând că ele sunt de natură a încălca dispoziţiile art.56 alin.(2) din Constituţie, „în măsura în care se interpretează că valoarea contribuţiei minime la fondul de asigurări sociale de sănătate, datorată de persoanele care realizează venituri din cedarea folosinţei bunurilor, venituri din dividende şi dobânzi, venituri din drepturi de proprietate intelectuală realizate în mod individual şi/sau într-o formă de asociere şi alte venituri care se supun impozitului pe venit, nu poate fi mai mică decât cuantumul unui salariu de bază minim brut pe ţară, lunar". Cu acest prilej, Curtea a reafirmat principiul constituţional al justei aşezări a sarcinilor fiscale, pentru suportarea cheltuielilor publice, ce presupune diferenţierea contribuţiei persoanelor care realizează venituri mai mari, cota de contribuţie, exprimată procentual, fiind, însă, unică, neavând caracter progresiv[14], precum şi principiul solidarităţii în constituirea şi utilizarea fondului de asigurări sociale de sănătate, arătându-se faptul că „accesul la serviciile medicale în sistemul public de asigurări sociale este condiţionat de participarea la acest sistem prin plata contribuţiei" la acest fond. S-a subliniat faptul că legiuitorul a instituit obligaţia unei contribuţii minime, pentru ca întreaga societate să fie antrenată în efortul protejării sănătăţii publice[15].

Printr-o nouă decizie interpretativă, Decizia nr.335 din 10 martie 2011, examinând prevederile aceluiaşi art.257 alin.(2) lit.f) teza finală din Legea nr.95/2006, după modificarea lui prin art.I pct.4 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr.107/2010 pentru modificarea şi completarea Legii nr.95/2006 privind reforma în domeniul sănătăţii, Curtea Constituţională, reiterând considerente deciziei anterior citate, a constatat neconstituţionalitatea textului supus controlului de constituţionalitate, în varianta aceleiaşi interpretări arătate în dispozitivul Deciziei nr.1394 din 26 octombrie 2010, statuând că acestea sunt contrare prevederilor art.16 alin.(1) din Constituţie.

Rămânând în sfera interpretării aceluiaşi principiu constituţional al justei aşezări a sarcinilor fiscale, prin Decizia nr.223 din 13 martie 2012, Curtea a declarat dispoziţiile art.259

[10] Norma din 7 aprilie 2004 de aplicare a Legii drepturilor pacientului nr. 46/2003, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.356 din 22 aprilie 2004.
[11] Decizia nr.1394 din 26 octombrie 2010, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.863 din 23 decembrie 2010.
[12] Decizia nr.335 din 10 martie 2011, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.355 din 23 mai 2011.
[13] Decizia nr.223 din 13 martie 2012 publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.256 din 18 aprilie 2012.
[14] Decizia nr.56 din 26 ianuarie 2006, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.164 din 21 februarie 2006.
[15] Decizia nr.934 din 14 decembrie 2006, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.53 din 23 ianuarie 2007.

alin.(2) din Legea nr.95/2006 constituţionale „în măsura în care se interpretează în sensul că procentul de 5,5 se aplică numai asupra veniturilor din pensii care depăşesc 740 de lei", arătând că o interpretare contrară contravine prevederilor art.47 din Constituţie referitoare la nivelul de trai[16].

În ceea ce priveşte interpretarea dispoziţiilor art.34 din Constituţie, inclusiv prin coroborarea lor cu alte norme constituţionale incidente, prin deciziile pronunţate, Curtea Constituţională a reţinut, spre exemplu, prin Decizia nr.1252 din 7 octombrie 2010[17] că, în domeniul asigurărilor de sănătate, dreptul persoanei de a dispune de ea însăşi, prevăzut la art.26 alin.(2) din Legea fundamentală, trebuie privit ca fiind limitat, exercitarea sa neputând încălca drepturile şi libertăţile altor persoane[18].

Referitor la dispoziţiile Legii nr.46/2003, Curtea Constituţională a pronunţat o singură decizie, Decizia nr.1429 din 2 noiembrie 2010[19], prin care a respins ca neîntemeiată excepţia de neconstituţionalitate având ca obiect prevederile art.21 şi art. 22 din acest act normativ şi a statuat că dispoziţiile referitoare la confidenţialitatea datelor medicale au în vedere interesul pacientului, dând acces la aceste date doar furnizorilor de servicii medicale acreditaţi, implicaţi în tratamentul său. S-a subliniat faptul că nu poate fi pus semnul egalităţii între persoanele calificate, care asigură tratarea pacientului, şi terţi, cea de-a doua categorie incluzând chiar şi rudele, sau moştenitorii bolnavului, întrucât acestea se află în situaţii juridice diferite. S-a arătat, prin aceeaşi decizie, că Declaraţia promovării drepturilor pacienţilor în Europa este un act internaţional ce nu are valoare de tratat sau pact ratificat de România, dispoziţiile sale nefiind obligatorii prin aplicarea normei constituţionale de la art.20. Curtea a făcut referire la practica în materie a Curţii Europene a Drepturilor Omului, prin care aceasta a statuat că, în lipsa unei protecţii a datelor cu caracter medical, „persoanele care necesită îngrijire medicală nu ar mai fi dispuse să furnizeze informaţii cu caracter personal şi intim, necesare prescrierii tratamentului apropiat pentru boala de care suferă sau să consulte un medic, ceea ce ar fi de natură să le pună viaţa în pericol, iar, în caz de boli transmisibile, un asemenea pericol poate exista pentru colectivitate"[20]. S-a reţinut, totodată, că „extinderea obligaţiei de a păstra confidenţialitatea datelor privind starea de sănătate a persoanei, chiar şi în cazul persoanelor decedate, apare, de asemenea, ca un reflex firesc al drepturilor fundamentale mai sus menţionate, dacă se are în vedere faptul că, deşi capacitatea de folosinţă a persoanei încetează la moartea acesteia, în virtutea respectului datorat persoanei umane, memoria persoanei decedate şi opţiunile făcute în timpul vieţii trebuie ocrotite şi ulterior decesului. Dreptul de opţiune al pacientului privind păstrarea confidenţialităţii cu privire la starea de sănătate nu este transmisibil *mortis causa*, păstrându-se astfel opţiunea exprimată până la momentul morţii titularului dreptului"[21]. Prin decizia analizată, Curtea a mai reţinut că dreptul la moştenire nu include şi dreptul moştenitorilor de a solicita şi obţine informaţii cu privire la starea de sănătate a pacientului decedat şi că, de la normele imperative referitoare la confidenţialitatea datelor privind sănătatea pacientului, legiuitorul a instituit excepţia reglementată la art.22 din Legea nr.46/2003, în considerarea situaţiei în care posibilitatea unor persoane de a-şi realiza drepturile depinde de informaţiile privind starea medicală a

[16] Decizia nr.335 din 10 martie 2011, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.355 din 23 mai 2011.
[17] Decizia nr.1252 din 7 octombrie 2010, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.759 din 15 noiembrie 2010.
[18] Toader, T. (2011). Constituţia României reflectată în jurisprudenţa constituţională, pp.116.
[19] Decizia nr.1429 din 2 noiembrie 2010, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.16 din 7 ianuarie 2011.
[20] Hotărârea din 25 februarie 1997, pronunţată în cauza *Z. contra Finlandei*, paragraful 95.
[21] Decizia nr.162 din 26 februarie 2008.

pacientului. Curtea a constatat că, acesta este şi scopul reglementării art.39 alin.(2) din Legea nr.95/2006, care prevede că folosirea informaţiilor privind pacienţii este permisă în următoarele situaţii, pe care le enumeră expres limitativ, respectiv atunci când: există o dispoziţie legală în acest sens, există acordul persoanei în cauză, datele sunt necesare pentru prevenirea îmbolnăvirii unei persoane sau a comunităţii, după caz, sau datele sunt necesare pentru efectuarea urmăririi penale.

De asemenea, Curtea Constituţională a afirmat şi argumentat în jurisprudenţa sa faptul că norma constituţională de la art.34, garantând dreptul la ocrotirea sănătăţii, presupune şi obligaţia statului de a lua măsuri în vederea asigurării bazei materiale necesare furnizării către populaţie a unor servicii medicale de o cât mai bună calitate. În acest sens, prin Decizia nr.871 din 9 octombrie 2007, instanţa de contencios constituţional a reţinut faptul că vânzarea spaţiilor având destinaţia de cabinete medicale, precum şi a celor destinate desfăşurării unor activităţi conexe actului medical, fără impunerea condiţiei păstrării destinaţiei acestora, poate duce pe viitor la imposibilitatea garantării de către stat a dreptului la ocrotirea sănătăţii, prin lipsa bazei materiale necesare garantării acestui drept[22].

O altă formă a garantării de către stat a dreptului fundamental la ocrotirea sănătăţii este, potrivit jurisprudenţei Curţii Constituţionale, elaborarea unei politici de implementare a unor măsuri eficiente în domeniul educaţiei fizice şi al sportului[23]. In acest sens, prin Decizia nr.328 din 23 martie 2010[24], având ca obiect excepţia de neconstituţionalitate a dispoziţiilor art.78, 78[1], 79 şi 80 din Legea educaţiei fizice şi sportului nr.69/2000, Curtea a reţinut că „obligaţia referitoare la păstrarea destinaţiei bazelor sportive şi menţinerea acestora în stare de funcţionare sau obligaţia privind construirea altor baze sportive similare în prealabil desfiinţării sau a schimbării destinaţiei acestora, ce revine şi societăţilor comerciale, deci unor subiecte de drept privat, este o obligaţie *propter rem*, justificată prin faptul că educaţia fizică şi sportul reprezintă activităţi de interes naţional, pe care statul trebuie să le susţină şi sa le încurajeze în cadrul obligaţiei sale de a asigura dreptul la ocrotirea sănătăţii, prevăzut de art.34 din Constituţie".

De asemenea, Curtea Constituţională a reţinut, prin Decizia nr.838 din 16 noiembrie 2006[25] referitoare la excepţia de neconstituţionalitate a dispoziţiilor art.453 alin.1 lit.a) din Codul de procedură penală din 1969, că dispoziţiile referitoare la amânarea executării pedepsei închisorii sau a detenţiunii pe viaţă reprezintă tot o formă de asigurare de către stat a dreptului la ocrotirea sănătăţii[26].

2. PROTECŢIA CONSTITUŢIONALĂ A DREPTULUI LA OCROTIREA SĂNĂTĂŢII ÎN GERMANIA

Constituţia Republicii Federale Germania nu reglementează printre drepturile fundamentale dreptul la ocrotirea sănătăţii, dar prevede la art.2 dreptul la viaţă şi la integritate corporală. Prin analiza acestui drept în cuprinsul deciziilor Curţii Constituţionale Federale, cu ocazia controlului de constituţionalitate efectuat asupra unor acte normative, prin raportare la art.2 din Constituţia Republicii Federale Germania, putem vorbi despre dezvoltarea unor aspecte importante ale dreptului la ocrotirea sănătăţii, prin deciziile Curţii Constituţionale Federale.

[22] Toader, T. (2011). Constituţia României reflectată în jurisprudenţa constituţională, pp.116.
[23] *Ibidem*, pp.117.
[24] Decizia nr.328 din 23 martie 2010, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.338 din 21 mai 2010.
[25] Decizia nr.838 din 16 noiembrie 2006, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.6 din 4 ianuarie 2006.
[26] Toader, T. (2011). Constituţia României reflectată în jurisprudenţa constituţională, pp.117.

Astfel, prin decizia BVerfGE 39,1[27], Curtea Constituţională Federală a statuat că viaţa care se dezvoltă în corpul mamei este protejată prin prevederile Constituţiei, constituind o valoare autonomă, unică prin caracteristicile sale, pe care statul este obligat să o protejeze efectiv, în mod principial, pe toată durata sarcinii, protecţie ce are prioritate în raport cu dreptul la autodeterminare al gravidei. S-a reţinut însă că impunerea în sarcina mamei a unei obligaţii de continuare a sarcinii în condiţiile în care acest lucru pune în pericol grav viaţa sau sănătatea acesteia este nerezonabilă[28].

În acelaşi sens, prin Decizia BVerfGE 88, 203, Curtea Constituţională Federală a constatat că viaţa umană nenăscută trebuie să beneficieze, chiar din acest stadiu, de demnitatea specifică omului şi că dreptul la viaţă al copilului nenăscut nu se naşte doar în momentul acceptării acestuia de către mamă. Prin aceeaşi decizie, a fost subliniat faptul că „drepturile fundamentale ale femeii nu merg într-atât de departe încât să anuleze la modul general obligaţia juridică de a duce sarcina până la capăt, chiar şi pentru o perioadă limitată de timp" şi că îi revine legiuitorului obligaţia identificării şi definirii situaţiilor excepţionale în care, datorită riscului afectării unor valori vitale, să un îi poată fi impusă femeii obligaţia menţinerii sarcinii[29].

Raportându-se tot la dreptul fundamental prevăzut la art.2 alin.2 din Constituţia Republicii Federale Germane, aceeaşi Curte Constituţională a statuat prin Decizia BVerfGE 90, 145, pronunţată cu ocazia controlului de constituţionalitate având ca obiect dispoziţiile ℘81a din Codul de procedură penală, că prelevarea de lichid cefalorahidian, indiferent de forma în care se realizează, este o intervenţie fizică cu efecte semnificative, motiv pentru care obligarea învinuitului de a se supune acesteia este nejustificată. În pronunţarea acestei soluţii a fost aplicat principiul proporţionalităţii, care în Republica Federală Germania are rang constituţional[30], fiind evidenţiată necesitatea existenţei unei proporţii rezonabile între ingerinţa în dreptul fundamental ocrotit, respectiv, dreptul la viaţă şi la integritate corporală, şi gravitatea faptei săvârşite[31].

De asemenea, prin Decizia BVerfGE 52, 145, instanţa germană de contencios constituţional, făcând aplicarea aceluiaşi principiu al proporţionalităţii, a admis plângerea formulată cu privire la încălcarea, prin prevederile ℘765 din Codul de procedură civilă, a dispoziţiilor art.2 alin.2 din Legea fundamentală. S-a arătat că iminenţa măsura evacuării de către petent, pe calea executării silite, conform normei de procedură civilă invocată, a locuinţei închiriate este de natură a-i încălca acestuia dreptul la viaţă şi la integritate corporală, de vreme ce persoana în cauză suferă de depresie, tratată ambulatoriu timp de patru ani, şi a fost autoarea a trei tentative de suicid[32].

Totodată, prin Decizia BVerfGE 53, 30, Curtea Constituţională Federală a respins plângerea de neconstituţionalitate formulată, prin raportare la norma constituţională de la art.2

[27] Prin Decizia BVerfGE 39,1 , Curtea Constituţională Federală a decis că "℘218 din Codul penal, în versiunea celei de-a Cincea Legi de revizuire a Dreptului penal din 18 iunie 1974 este incompatibil cu art.2 alin.2 fraza 1, coroborat cu art.1 alin.1 GG, şi devine inaplicabil, în măsura în care exclude de la aplicarea sancţiunii penale întreruperea sarcinii în situaţiile în care un există temeiuri prioritare faţă de ierarhia valorilor statuate de Legea fundamentală", *apud* Schwabe, J., Thorsten, G. (2013). Selecţie de decizii ale Curţii Constituţionale Federale a Germaniei, pp.136-139.

[28] Schwabe, J., Thorsten, G. (2013). Selecţie de decizii ale Curţii Constituţionale Federale a Germaniei, pp.136-137.

[29] *Ibidem*, pp.139-140.

[30] BVerfGE 19, 342, *apud* Schwabe, J., Thorsten, G. (2013). Selecţie de decizii ale Curţii Constituţionale Federale a Germaniei, pp.165-166.

[31] *Schwabe, J., Thorsten, G. (2013). Selecţie de decizii ale Curţii Constituţionale Federale a Germaniei, pp.*157-158.

[32] *Ibidem*, pp.158-159.

alin.2, împotriva celui de-al şaptelea aviz din cadrul primei autorizări parţiale a executării construcţiei centralei nucleare Mülheim-Kärlich, a cărei realizare, în Bazinul Neuwied, în apropierea domiciliului petentei, era în curs la data introducerii plângerii. S-a reţinut în acest sens că un orice eroare de procedură constituie o încălcare a unui drept fundamental şi că, o atare încălcare, în derularea unei proceduri atât de complexe, poate fi reţinută doar atunci când autoritatea însărcinată cu autorizarea construcţiei neglijează dispoziţiile legale adoptate de către stat tocmai în asigurarea protecţiei dreptului fundamental invocat, în speţă dreptul la viaţă şi la integritate corporală[33].

3. EFECTELE DECIZIILOR CURŢILOR CONSTITUŢIONALE ASUPRA LEGISLAŢIEI ANALIZATE

Efectele deciziilor Curţii Constituţionale a României sunt reglementate la art.147 din Constituţia României şi la art.11 alin.(3) din Legea nr.47/1992 privind organizarea şi funcţionarea Curţii Constituţionale[34]. Deciziile instanţei româneşti de contencios constituţional sunt general obligatorii de la data publicării lor în Monitorul Oficial al României şi au putere numai pentru viitor. Dezlegările date problemelor supuse analizei Curţii, precum şi considerentele deciziilor pronunţate constituie izvor de drept.

Efectele deciziilor Curţii Constituţionale Federale a Germaniei sunt reglementate la art.31 din Constituţia Germaniei. Conform acestuia, decizia prin care este declarată nulitatea unei legi are putere de lege şi este obligatorie, prin considerentele pe care se sprijină, pentru toate organele constituţionale ale Federaţiei, astfel încât nu mai poate fi adoptată o lege federală cu acelaşi conţinut. O lege adoptată după intrarea în vigoare a Legii fundamentale şi constatată de către Curtea Constituţională Federală a Germaniei ca fiind nulă îşi încetează efectele juridice retroactiv[35].

Dintre deciziile curţilor constituţionale, prezintă importanţă, din perspectiva prezentei analize, deciziile de admitere, prin care instanţele de contencios constituţional constată neconstituţionalitatea actelor normative supuse controlului.

Aceste decizii pot fi pronunţate în cadrul controlului de constituţionalitate *a priori* sau în cel al controlului *a posteriori*. Indiferent de momentul realizării controlului în raport cu data intrării în vigoare a dispoziţiilor legale controlate, atât soluţiile, cât şi considerentele acestor decizii sunt obligatorii pentru legiuitor.

Acesta are obligaţia ca, într-un termen stabilit printr-o dispoziţie constituţională sau legală, să pună textele declarate neconstituţionale în acord cu Legea fundamentală. În cazul constatării neconstituţionalităţii unui proiect de act normativ, în ansamblul său, sau a unei dispoziţii dintr-un astfel de proiect, printr-un controlul de constituţionalitate *a priori*, această operaţiune se realizează prin adoptarea de către Parlament a proiectului în cauză la exigenţele constituţionale indicate în cuprinsul deciziei de constatare a neconstituţionalităţii. În situaţia constatării neconstituţionalităţii unui act normativ sau a unei dispoziţii dintr-un act normativ printr-un control *a posteriori*, punerea în acord cu dispoziţiile Legii fundamentale a prevederilor declarate neconstituţionale se face prin adoptarea de către Parlament a unui act normativ de modificare, completare sau chiar abrogare a dispoziţiilor supuse controlului, în caz contrar acestea nemaifiind, aşa cum am arătat anterior, aplicabile.

[33] *Ibidem*, pp.160-163.
[34] Legea nr.47/1992 privind organizarea şi funcţionarea Curţii Constituţionale, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.807 din 3 decembrie 2010.
[35] Schwabe, J., Thorsten, G. (2013). Selecţie de decizii ale Curţii Constituţionale Federale a Germaniei, pp.44-45.

Acest mecanism juridic, declanşat ca urmare a constatării neconstituţionalităţii actelor normative sau a dispoziţiilor din acte normative, contribuie în mod direct la fenomenul de dezvoltarea a dreptului prin deciziile Curţilor Constituţionale.

Având în vedere calitatea de izvor de drept a acestor decizii, aspectele legale analizate conduc la constituţionalizarea normelor juridice, prin efectele deciziilor curţilor constituţionale, proces ce presupune eliminarea oricărei contradicţii dintre legi sau acte individuale şi Constituţie[36].

Procesele de dezvoltare şi de constituţionalizare a normelor juridice, prin efectele deciziilor Curţilor Constituţionale, sunt prezente, în particular, în România şi în Germania, cu referire la deciziile pronunţate de curţile constituţionale ale celor două ţări în analiza unor dispoziţii legale prin raportare la dreptul la ocrotirea sănătăţii şi, respectiv, la dreptul al viaţă şi la integritate corporală.

Astfel, dreptului la ocrotirea sănătăţii, prevăzut la art.34 din Constituţia României, aşa cum acesta este aplicat în prezent, reprezintă rezultatul definirii şi analizei conţinutului său în cuprinsul deciziilor Curţii Constituţionale referite la pct.1 *supra*, aceste decizii contribuind la dezvoltarea aspectelor de drept medical statuate, prin intermediul mecanismului juridic mai sus analizat, de către instanţa de contencios constituţional.

Printr-un procedeu juridic similar, expres prevăzut la art.31 şi următoarele din Constituţia Republicii Federale Germania, sfera largă a dreptului la viaţă şi la integritate corporală, reglementat la art.2 alin.2 din aceeaşi Lege fundamentală, a fost delimitată, din perspectiva ocrotirii sănătăţii publice, prin deciziile Curţii Constituţionale Federale, categorie exemplificată la pct.2 *supra*, pronunţate cu ocazia efectuării controlului de constituţionalitate a unor acte vizând domeniul protecţiei sănătăţii persoanei.

”Această lucrare a fost finanţată din contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID 141699, cofinanţat din Fondul Social European, prin Programul Operaţional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013” sau ”This work was supported by the strategic grant POSDRU/159/1.5/S/141699, Project ID 141699, co-financed by the European Social Fund within the Sectorial Operational Program Human Resourses Development 2007-2013”.

BIBLIOGRAFIE

I. Cărţi cu un autor

1. Consiliul Europei. *Carta socială europeană. Scurt ghid.* Monitorul Oficial R.A., Bucureşti, 2000.
2. Deleanu Ion. *Instituţii şi proceduri constituţionale în dreptul român şi în dreptul comparat.* C.H. Beck, Bucureşti, 2006.
3. Janda Constanze. *Medizinrecht. UVK Verlagsgesellshaft*, München, 2010.
4. Singer A. Peter. *The Cambridge Textbook of Bioethics*. Cambridge University Press, 2008.
5. Muraru Ioan. *Despre constituţie şi constituţionalism*. Editura Hamangiu, Bucureşti, 2006.
6. Toader Tudorel. *Constituţia României reflectată în jurisprudenţa constitutional.* Editura Hamangiu, Bucureşti, 2011.
7. Turcu Ion. *Dreptul sănătăţii. Frontul comun al medicului şi al juristului.* Editura Wolters Kluwer, Bucureşti, 2010.

[36] Cochinţu, I. (2011). The Process of Constitutialization of Political and Legal Life. http://ssrn.com.

8. Valea Daniela. *Sistemul de control al constituţionalităţii din România.* Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2010.

II. Cărţi cu doi autori

1. Muraru Ioan, Tănăsescu Elena Simina. *Constituţia României: comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2008**.**
2. Schwabe Jürgen, Thorsten Geissler. *Selecţie de decizii ale Curţii Constituţionale Federale a Germaniei*. Konrad Adenauer Stifftung. Bucureşti, 2013.

III. Cărţi cu trei autori

1. Laufs Adolf, Uhlenbruck Wilhelm, Krauskopf Dieter. *Handbuch des Arztrechts.* C.H. Beck, München, 2002.

2015 AMNESTY OR PARDON – OBJECTIVE NECESSITY IN ROMANIA

Daniela Tarau, PhD Student, "Al. Ioan Cuza" Police Academy of Bucharest

Abstract: We defined, presented and motivated in this paper the objective necessity of adopting a law of amnesty and pardon in Romania, a country full of social, political and economic unrest. These two institutions of criminal law lie for 24 years in our legislation without finding their applicability and their use is avoided for reasons that are rather connected to the liability of the ruling political classes that replaced when it had to be a reaction caused by the principle of humanism.
There are coherent reasons that impugn to Romanian society such a law. There are also reasons that impugn its rejection. The proof of equilibrium must be given by the state institutions called to solve reconcilable issues. But, the state is also the one who is paying for years for unsanitary conditions of detention, judicial errors, the overcrowding prison system, lack of medical care, without a remedy for all these, but elaborating programs and strategies without finality.
I did not try to release "inmates and criminals" as media presented wrong each feeble attempt to develop a law of amnesty and pardon. I wanted to show that the chance must exist. For each of us. In every moment of our lives. I tried to show that we have a lack of education in what concerns civil society in this sense and with total unexpected reactions when there is a public debate on this theme.

Amnesty comes from the Greek amnesia, which means to let go, to forgive, it is a way to reliese from liability and criminal punishment. In this respect, amnesty is an act of leniency of the egislative power granted by an organic law on criminal offenses committed before the date specified in the law and has the effect of removing criminal liability, execution of the sentence, and other consequences of the convinction[1].

Amnesty is a waiver from the public authority on application of criminal liabily and criminal punishment for restoring the rule of the infringed law, being both a political and a legal opinion, as prof. A. Ungureanu said[2].

Also, the amnesty does not remove the offending character and cannot be equated with the decriminalization of the offense, prof. Ion Neagu considers, and the acts committed after the act of amnesty are considered criminal offenses and attract criminal liability[3].

However, amnesty can be used as a mean of criminal reassessment, repair of any acts of injustice or be based on the idea of identifying new resources and ways of social defences, as professor V. Dobrinoiu and others believe[4].

According to Barac L., amnesty reflects the imperatives of humanism and state's trust towards people who committed crimes. Amnesty appears as a legal complex institution, which includes both rules of constitutional and criminal law[5].

[1] Botnaru Stela. Şavga, Alina. Grosu, Vladimir. Grama, Mariana. Drept penal: partea generală. Chişinău: ed. Cartier juridic, 2005, vol.1. pag.553
[2] A.Ungureanu. Drept Penal român. Partea generală. Bucureşti: ed. Lumina Lex, 1995. p.245
[3] Neagu, I. Dreptul procesual penal. Bucureşti: ed. Academiei R.S.România, 1988. p.180
[4] Dobrinoiu, V. Pascu, I. Molnar, I. Nistoreanu, Gh. Boroi, A. Lazăr, V. Drept penal. Partea generală. Bucureşti: ed. Europa Nova, 1999, pag.451
[5] Barac, L. Răspunderea şi sancţiunea juridică. Bucureşti: ed. Lumina Lex, 1997. pag.194.

Ion Tanoviceanu, Proffesor at the Faculty of Law in Bucharest, who in 1912 published a valuable book of criminal law and criminal procedure in three volumes, with respect to the institution of amnesty and pardon said that: "Any leniency made to an offender is an exception of the law".Tanovicenu denied the institutions of amnesty and pardon, considering them contrary to legal principles and being part of the paleontology. Through President's exercise to the act of clemency in order to pardon, is his opinion, he will attract the danger of influencing the justice by political passions. For these reasons, his proposal was to avoid "in institutions everything that may give to much latitude to the arbitrary and the right of pardon is the personified arbitrary".

Traian Pop, Proffesor at the Faculty of Law in Cluj, published between 1921 and 1924, in three volumes, the paper "Comparative Criminal Law, where he expressed his belief that "the right to grant clemency is itself legitimate".

Iancu Mândru has an important work with complex approach in many respects related to the institutions of amnesty and pardon in the paper titled "Amnesty and Pardon", published in 1998 at All Educational Publishing – Bucharest. In this last work can be found solid arguments on the position of the institutions leniency at the same level with other institutions of criminal law in terms of both legally and historical evolution.

In the following I will make a brief presentation on the regulation related to pardon and amnesty until 1989. Between 1953 and 1989, a number of 29 laws with respect to pardon and amnesty of some offences – on average, an act like this every year and a half - were adopted. The data were taken from the book "Amnesty and pardon, wrote by Proffesor Iancu Mandru, in 1989.

Decree no. 155/1953 (pardon); Law no. 4/1954 (pardon and amnesty); Decree no. 421/1955 (pardon and amnesty); Decree no. 727/1956 (amnesty); Law no. 8/1957 (pardon); Decree no. 20/1959 (pardon); Decree no. 20/1959 (pardon); Decree no. 315/1959 (pardon); Decree no. 211/1960 (pardon); Decree no. 5/1963 (pardon and amnesty); Decree no. 973/1967 (failure to punishment); Law no. 25/1967 (pardon and amnesty –19.255 people were released); Decree no. 591/1969 (pardon, amnesty –3468 inmates were released); Decree no. 543/1970 (pardon - 11,890 people beneficiated); Decree no. 521/1972 (pardon –6598 people were released); Decree no. 110/1974 (amnesty); Presidential decree no. 9/1974 (pardon –t 9952 people beneficiated); Decree no. 185/1976 (pardon and amnesty); Presidential decree no. 222/1976 (pardon –19.980 people beneficiated); Decree no. 115/1977 (pardon and amnesty –19.294 people beneficiated, of which 17.794 inmates); Decree no. 147/1977 (amnesty –2836 persons released); Decree no. 331/1977 (amnesty); Presidential decree no. 189/1981 (pardon –14.396 persons released); Presidential decredd no. 349/1982 (pardon – 31.545 people beneficiated); Decree no. 290/1984 (pardon and amnesty –55.437 beneficiated); Decree no.185/1986 (gratiere si amnistie – au beneficiat 42.166 persoane); Decree no. 255/1987 (pardon and amnesty –36.784 people beneficiated); Decree no. 11/1988 (amnesty – 41.184 beneficiated).

For the period 1967 – 1988, the number of those who benefited by the provisions of these laws was of 313,785.

În 1988, Nicolae Ceauşescu issed the Decree no.11, through which he gave a collective pardon.According to the decree, were amnestied all the offence for which was applied imprisonment up to 10 years, the prison sentences higher than 10 years imposed by the trial court were reduced to half and the death sentences imposed by the courts were commuted to 20 years.

1990-*Granting Amnesty and collective or individual pardon by the Council of the National Salvation Front*, established by Decree – Law no. 2/1989 in organ of supreme state power. The Decree – Law no. 3/1990 regulated the following: the amnesty of political crimes committed after December 30, 1947, amnesty for crimes punishable by law with imprisonment up to three years, conditional pardon for fines and imprisonment punishable up to three years.

The Decree –Law no. 23/ 1990 established the following: conditional pardon of the sentences imposed by courts and for the measure of sending in special school for work and rehabilitation. From the 33.970 of people in prisons and special schools of work and rehabilitation on 22 December 1989, after applying the two decrees – laws only 12.292 people remained.

*Giving collective pardon by organic law.*Through Law no. 137/1997 was given conditional pardon entirely for the prison punishments up to 2 years and also fines up to 10.000.000 Lei including, imposed by courts, entirely pardon of the punishments up to 5 years including, applied to those who are 60, pregnant women or to those who have kids no older than 2, conditional pardon, with ½ of the prison punishment imposed by courts, but which are not bigger than 5 years and total pardon for the measure of admission in a rehabilitation center, imposed towards minors by courts.

Giging clemency by the Provisional Council of National Union, established by Decree-Law no. 81/ 1990. This body adopted a single act of clemency or pardon, namely the decree of individual amnesty no. 197/ 1990, by which benefited 276 people. Pardon was conditional and applied for sentences from one to 10 years in prison.

In 2002, was promulgated Law 543 through which were pardoned punishments up to 5 years and the fine penalties imposed by courts. Through this law, were exempted from pardon all offences of corruption: giving and taking bribes, influene peddling, extortion etc.. Also, all violent crimes. Through this 2002 law, more than 200 criminals were set free.

I first foray into the world of these two institutions of constitutional and criminal law - amnisty and pardon – by presenting opinions issued by important specialists in the field in order to illustrate the importance and necessity of their analysis.

Also, I presented from both statistically and chronological point of view the adoption, in the last decades, of such laws in Romania in order to have an element of comparison in this work.

The new Criminal Code, which entered into force on February 1st 2014, regulates amnesty or pardon as it follows:

-in Title VII "Cases of criminal liability" Article 152 Amesty's Effects. Amnesty removes criminal liability if the offence is committed after the conviction. It also removes the execution of the sentence pronounced and other consequences of conviction. The fine colleted before amnesty will not be returned. Amnesty has no effect on safety measure and the rights of the convicted person.

The most important legal consequence of the act of amnesty is the exclusion of liability for criminal offences that fall within its scope[6].

As a definition, amnesty is a legal act of clemency, of releasing criminal liability and punishment that is based on social and political motivations and reasons of criminal policy. It has a normative, exceptional character; it addresses to a group of people that are no individual definite and the procedural stage where they are is not important. Important is that the institution of amnesty does not cancel or alter the criminal law in terms of the punishment for the crimes committed, but it only comes and creates a legal lever to release the person.

[6] New Penal Code commented. General part. Universul juridic Publishing, 2nd Edition, M.A. Hotca

In Title VIII "Causes that remove or modify the execution of punishment" are regulated in art. 160 the Effects of pardon.

(1) Pardon has the effect of removing the whole or in part the execution of the sentence or its commutation to another one easier.

(2) Pardon does not affect the additional punishment and custodial educational measures, unless it is otherwise provided by the act of pardon.

(3) Pardon has no effect on safety measures and on the rights of the injured party.

(4) Pardon has no effect on the punishments of which execution is suspended under supervision, unless it is otherwise regulted by the act of pardon.

Therefore, pardon is a measure of clemency which consists in removing, all or in part, the execution of the punishment imposed by the court in commutting it in an easier one. In this way, the state gives up, as evidenced by the legal definition of the institution of pardon, to the claim addressed to the offender of serving the sentence of the court, or it switchs is in an easier one.

Ilie Pascu in the new Penal Code commented, is raising the question if such a waiver or switching is possible or grounded legally, because the offence was committed and the court pronounced a punishment according to the criminal law. He says that thw answer can be only yes, because the institution of pardon is consecrated by Constitution and it is regulated by the criminal law and is given also through an act of the state power, so removing or changing the length of the sentence is performed in the virtue of the law.

The justification above or the affirmative answer given by Ilie Pascu seems, at least from my point of view, to be incredible logical and coherent. It represents the perfect answer to this type of questions that some people will continue to raise it in the public space.

I will insist on notions, concepts, definitions or theories in what concerns the act of amnesty and/ or pardon. They are well known. They were subjects of public debate, of controversies and almost went to ridiculous.

I will return to the purpose of this paper. Namely, the objective necessity of the year 2015, or why not 2014, for the months that remained from this year, of adopting a law for the amnesty and pardon of some offences.

I would like to say that I have not commited to advocate for the release through and act of clemency of "criminals and inmates", as the media wrongly promoted lately the frail attempts to develop such bills. The reactions of the public opinion were almost the same as meadia's. In a society that pretends to be democratic, the rule is to look for solutions and not to throw stones.

There are good reasons that advertise for a law of amnesty and/ or pardon. Also, there are reasons againast it. There are offences that are eligible for clemency, just like there are offences that is imperative to be exempted.

Far from giving importance to the order of the factors that should determine the legislature to rethink a law in this regard, I will briefly analyze the real reasons, the context, the perspectives of a normative act of clemency.

At this moment, in Romania are 42 units of detention, more or less modern, with poor conditions of "accommodation", small budgets and big problems.

From December 1989 until now the Romanian prison system did not suffered major improvements to be closer by the conditions from the European Union countries.Nothing new over here.

The most serious problems faced by the Romanian prison system, excepting the fact that in the year of grace 2014 we still have aspects that do not meet the requirements of the European Prison Rules from 1986 (!), are related to the fact that Romania still lacks preventive prisons, even if the government approved the construction of 15 prison since 1990!

It must be difficult for the criminal investigator to explain how does he has the custody of the subject of the criminal proceedings as long as the law forbits this. We do not have other option but to understand that after 7 years after joining the European Union, it is still the way used to secure the defense.

Looking for study material, I have identified an extremely concise and objective work: "Considerations on the Romanian prison system in the year 2014", written by Col. (R) Marin Bucur and I will present some passages that do not need to be commented.

European Prison Rules, adopted by the Committee of Minister of the Council of Europe on 12 February 1987, recommend in Rule no. 11 the separation of "first offenders by habitual offenders" and in Rule no. 12 is said that "the separation of prisoners should be made by reasons of their criminal records or their personality, and by those who are likely to benefit from that or who may exercise a bad influence".

For every inmate are allocated 4RON/ day for three food, but the sum of money is too small.So, the inmates feed on food brought by family or purchased from their personal money from the existing kiosks in prison.

Accommodation for an adult, with a defined personality, not fewer with behavioral problems in such room, with bunk beds on at least two rows, with insufficient toilets (2-4 toilets for 50-70 people), with no possibilities to serve food (they are usually eating on their knees down on the bed, only leaders have access to a sigle table), has devastating effects on the psyche of prisoners, most often irreversible.

This is one of the reasons invoked by the European Court from Strasbourg in the 600 cases in which Romania was convicted to pay enormous financial damage in trials filed by inmates.

APADOR-CH, a respected institution, monitors the Romanian prisons for a long period of time. Reports made only in the past two –three years, following the visits made by representatives in Romanian prisons, indicates a considerable degree of overcrowding, extremely poor conditions of detention, poor healthcare and many other shortcomings of the system.

Also, as a comparative element, our country spends less than the European average per day with an inmate. Meaning 20 euro/ day compared with 90 euro/ day, the European average. More than two-thirds of this money is going to administration and personnel costs, leaving less than a third for feeding and caring for a prisoner.

Meanwhile, the national sport of detainees is to sue the Romanian state, claiming prison conditions, and this because they know from the very begging that it is a fight that they will definitively win. Almost every person who arrives in prison has the chance to receive compensation of a several thousand euro, if they sue Romania at ECHR for how they are incarcerated. That is why the Romanian state lost million of euro for the compensations to the inmates, and this happened because of the lack of initiative of the authorities, as stipulates the journalist Elena Dumitrache in the article "Paradise of the Western Prison".

The head of the National Administration of Penitentiaries (NAP) said, during a debate organized by the Legal Committee of the Chamber of Deputies and Minister of Foreign Affairs, that until 2011 the Romanian state had 33 ECHR judgements of conviction because of the detention conditions and the payment was around 230.000 euro and 10.000 Swiss frans. In 2012 there were 20 sentences against Romania for the same reason and the state had to pay 10.000 Euro and in 2013 – 32 sentences and 221.000 euro. In 2014, until this moment, there are already 11 resolutions condemning and the payment of compensation is around 64.000 euro.

The trend in upward and the number of inmates who sue Romania at ECHR for detention conditions offered by our state is increasing. The MAF's statistics show that the

trend is increasing and it will continue to increase, at least in tems of ensuring the minimum space of detention – 4 square meters – for each imprisoned person. It's a trend, whether we are reffering to complaints or compensation, said Bejan.

He also stated that are complains at ECHR because of breach of minimum detention are of 4 square meters, non-differentiation between smokers and nonsmokers, transport conditions, measures related to the minum of hygiene standard in the room and of the persons deprived of liberty, maintenance of the detention room, the food, the quality of the drinking water, frequency of showers, changing bed linene, granting private visits, envelopes and stamps, telephone privacy.

I stop here with the presentation of the Romanian prison system, even if there are a lot to say, we could glimpse a solution to take the first step to decongest prisons.At least for now. Until policymakers identify ways to solve this phenomen.Or not…

Another plea for the adoption of a law of amnesty and/ or pardon would cover the large number of sentences in small amounts, acts with reduced social risk, cases in which the punishment has already served its purpoe, any act of clemency cames as an encouragement for criminal law, like a chance given to the individ who violated the social norm and understood before "jail" professionalized him and to offer him a new orientation, that he was forgiven and he can return to society.

Obviously, if we ask the population with lack of culture in this regard they will all respond that is not the case. Of course that nobody wants to have the home broken, the car stolen, to have his wallet or the mobile phone stolen. Only from this perspective will never be the case. And the idea of clemency also won't work anymore. Guilt belongs to all the state that proves impotence because it fails to devise a coherent program of social reintegration or to make functional the probation system.

Some will say that in times of turmoil policy, economic crisis does not require the release a big number of inmates. They forget that a large number of criminals are actually the product of the economic crisis. And we have a plenty of examples.

Moreover, the mechanism of pardon and amnesty belong to the states with consolidated democracies. It is a mechanism that gives a change to some people to return to society and who need to understand that the gesture of clemency made by the state in order to help them recover and social reintegrate, because the emergence of primary criminals, most time, is state's fault or its lack of concern to its citizens.

The opportunity of such a law may be given by the understanding of those who, in a certain moment, lead the state and want to change eventually the imagine of the judicial system from Romania, especially since in recent years, people's confidence in justice has seen a dramatic decreae, reaching only 20% reliability, which is "a judicial slap", as a living contemporary said. (Proffesor PhD Ion Marin).

Between 2009 and 2013, all the member countries of the Union, applied amnesty. Bulgaria applied even two such projects, Italy also. In the United States of America, in California in 2009, 2010 and 2011 were applied decrees of amnesty for penalties up to seven years in prison. Neighter Italy or Belgium, nor Spain or Greece suffered image damages for amnesty, especially when it was for 10 years.

In the USA, for example, individual pardon may be granted and may take effect even before the completion of research and prosecution, and the result is the cessation of all acts of criminal prosecution for accusations that are provided in the act of clemency. Well-known examples are the one in which the freshly installed US President, Gerald Fort gratuated his predecesor, Richard Nixon, of all charges on the „Watergate" scandal, or the one in which President William Jefferson (Bill) Clinton did to stop any criminal investigation of his brother

on the possession and consumption of drugs, where the pesidential pardon occured just before the start of the formal prosecution[7].

In Romania, such an event is imperative, because we moved from a Soviet penal code to an European one, and the errors of the old code must be directed.

It can be concluded, taking into account the issues raised, that we are in one of those situations, circumstances or conditions that can bring in 2015, 24 years after the events from 1989, a proof of political maturity of the legislature – an act of clemency embodied in the organic law of amnesty or/ and pardon of certain categories of punishment.

BIBLIOGRAPHY

1.Codul penal al Romaniei;
2.Codul de procedura penala al Romaniei;
3.Constitutia Romaniei republicata;
4. Convenţia europeană a Drepturilor Omului;
5. Regulile ce ţin de Standardele Minime Privind Tratamentul Deţinuţilor, la care România a aderat prin Legea nr. 30/1994;
6 .Convenţia împotriva torturii şi altor pedepse ori tratamente cu cruzime,
inumane sau degradante, adoptată la New York la 10 decembrie 1984, la care România a
aderat prin Legea nr. 19/1990;.
7. Convenţia împotriva torturii şi altor pedepse ori tratamente cu cruzime,
inumane sau degradante, adoptată la New York la 10 decembrie 1984, la care România a
aderat prin Legea nr. 19/1990;
8. http://anp.gov.ro/
9. http://www.apador.org/

[7] Gaşpar, A. Nicolae, op. cit., pag.7

QUICKSAND: ECONOMIC ANALYSIS OF LAW IN ROMANIAN CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS

Aron Samu, PhD Student, "Babeș-Bolyai" University of Cluj-Napoca

Abstract: In the current absence of a well-structured framework for applying economic reasoning in the process of settling legal disputes, it is of no wonder that aspects of Law and Economics are being applied inadvertently by the Romanian judges. The Constitutional Court is not immune to this phenomenon in decisions such as those concerning the nature of social care support in Romania, or fiscal responsibility. The Court began to overreach its specific Constitutional mandate by delving into questions of policy, of regulatory opportunity. This behavior is mandated by a lack of specific economic principles agreed-upon by the basic social contract. In the context of a new Constitution, the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court is extremely relevant, in its conclusion that a balance must be struck between the freedom of the legislature to regulate economic life and the restrictions that the Constitutional rights impose on the former. Thus, it is clearly implied that the choice of fundamental rights will inevitably translate into a choice of potential actions and attitudes that will be available in the context of economically governing a nation. This paper sets out to highlight these Constitutional arena legal struggles and their potential solutions, so that the quicksand can be overcome.

Keywords: Romanian Constitutional Court, German Federal Constitutional Court, Constitutional Court Decisions, economic policy, Economic Analysis of Law.

The following analysis is one of judicial activism. Should the Romanian Constitutional Court decide based mainly on economic parameters? Could it legally do so? We will examine a controversial decision of the Court in the matter of fiscal responsibility and social care support[1]. The issue undergoing judicial (and at that same time a more broad social) debate was extremely sensitive, essentially concerning the rights of retiree citizens. The political implications of a decision regarding this broad category of Romanian citizens that represents a significant budgetary problem by straining the national financial resources (Croitoru, Alexandru, Toader, 2014, p. 184) but that represents a major source of democratic influence in the context of the national elections would be great regardless of the State power that were to tackle it. The legislature and the administration would be subjective because of their direct interest in keeping this significant pool of voters satisfied. At least in theory, it

[1] See Romanian Constitutional Court Decision No. 874 of the 25th of June 2010 concerning the unconstitutionality objection concerning the provisions of the Law enacting certain measures considered necessary in order to restore the budgetary balance, published in The Official Gazette of Romania No. 433 of the 28th of June 2010. Available online at http://www.ccr.ro/ccrSearch/MainSearch/SearchForm.aspx (last accessed October 9th, 2014)

would seem that a Constitutional Court could be more objective in deciding the matter at hand. But we will show that due to the way it is institutionally regulated, it does not pose any superior guarantees of independence in this case. The old age, imminent professional retirement rights and nomination procedure are all arguments in favor of our conclusion. And last but not least, the fact that the Romanian Constitutional framework does not entitle this group with the power to decide issues of pure economic nature, or to act with a significant degree of judicial activism, are supplementary arguments that support our claim that a dangerous decision was reached in this case.

Whenever constitutional judges are faced with questions exceeding pure legal analysis of the constitutional framework, it has been considered that they should let democracy prevail by allowing the legislature and the executive branch to exercise their specific functions (Easterbrook, 2002, p. 1404). The judges should not delve into matters that surpass the question of whether the legislature or the administration acted pursuant to the Constitutional rules. They should refrain from deciding upon the opportunity of such behavior (Bendor, 2011, p. 337).

Another line of reasoning is of extreme relevance to our current dilemma, and states that the judicial activism versus judicial restraint debate is actually not the crucial one. According to it, if a judge declares what the law is, or confirms the provisions of the law, he is nothing more than an instrument that enforces the latter. If he contradicts the law, he is acting in an illegitimate manner. Moreover, in this view judicial objectivity is seen as a prerequisite to judicial decision making. Judges are prohibited from imposing their personal opinions on society through their decisions (Barak, 2009, pp. 264-265). By exercising judicial constitutional review, the judges may only enforce or slightly broaden the scope of constitutional rights, in line with the intent of the fundamental document (Wolfe, 1997, p. 55).

The issue of constitutional judges (be they part of a Constitutional Court or a Supreme Court) acting in unexplainable manners (unbound by any legal principles), that is solely according to their personal and ideological preferences is not limited to lesser developed democracies. Even the United States Supreme Court often acts subjectively to say the least (Stone, 2012, p. 499). However, even legal errors resulting from ideological causes can eventually be overcome, as they are subject to subsequent evaluation (Piccard, Piccard, 2006, p. 4).

The entire Romanian Constitutional framework was geared towards a judicial error in this case. Frist of all, according to article 143 of the Constitution, the judges must have

graduated law and must have at least eighteen years of experience in juridical or academic activities. Being old law specialists raises two concerns. They are on one hand biased towards issuing decisions in favor of social care recipients, as they are close to retirement age[2]. Being long time legal specialists also makes them immune to a deep and specialized understanding of the intricacies of economic mechanisms, making them prone to errors whenever trying to steer away from strictly legal considerations and into the territory of economic opportunity as was the case in the decision we are currently analyzing.

The nomination procedure creates very politically-dependent courts, despite the previously-mentioned experience requirements that are inadequate to prevent this from happening. According to article 142 of the Constitution, three of the judges are appointed by the Chamber of Deputies, three by the Senate and three by the President of Romania. Obviously, even if they are selected from a pool of applicants with considerable experience in the legal field (which is not uncommon in the high political circles of Romania), they will have a good connection (to say the least) to the political arena and to the electoral stake that concerns their electors – the sentiment of the Romanian electorate. However, up to this point in the evolution of the Constitutional framework, it has sadly been considered the best measure that would minimize democratic objections as to the transfer of the power to guard the gates of constitutional legitimacy from its source, the people, to its guardians (Pinelli, 2007, p. 34).

What is most troubling about Romanian Constitutional Court Decision No. 874 of the 25th of June 2010 concerning the unconstitutionality objection concerning the provisions of the Law enacting certain measures considered necessary in order to restore the budgetary balance is the motivation that undiscriminately reducing the salaries of the entire public administration with 25% is a democratic, sound and necessary measure that will allow for the safeguarding of the Romanian State. However, in the abscence of any Constitutional provision to support it, the Court at the same time holds that the difficulties of the State's social care budget cannot be opposed to the right to pensions, in the sense that the latter cannot be diminished, even temporarily, because the constitutional right to a pension cannot be influenced by the faulty administering of the budget by the State.

[2] Please see the website of the Romanian Constitutional Court - http://www.ccr.ro (last accessed on October 9th, 2014) - for the age of each member. At least seven out of the nine can be considered to approach the national legal retirement age.

The sustainability of the State budget allocated for pensions depends decisively on the evolution of the national economy (Socol, Marinaș, Socol, Dascălu, 2011, p. 230). Pensions are a result of the performant management of the State. They are a direct result of the latter. The funds cannot be paid unless the latter allows for it (Ciuraru-Andrica, 2012, p. 19). The Romanian Constitutional Court began to overreach its specific Constitutional mandate and started to analyze questions of policy, of regulatory opportunity. This behavior is mandated by a lack of specific economic principles agreed-upon by the basic social contract. In the context of a new Constitution, the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court in this regard is extremely relevant, in its conclusion that a balance must be struck between the freedom of the legislature to regulate economic life and the restrictions that the Constitutional rights impose on the former – thus, it is clearly implied that the choice of fundamental rights will inevitably translate into a choice of potential actions/ attitudes that will be available in the context of economically governing a nation (K.A.S., 2013, pp. 47-48).

We have shown that the Romanian Constitutional framework is extremely vague in regulating the manner in which Constitutional judges interact with the other powers of state and in describing the tools at their disposal or in setting the standards for the primary wielders of those specific tools. The specific reference value that influences every national pension is a question of economic policy, not one of constitutionality. The Romanian Constitution does not currently expressly allow for economic adjustments to be made in dire situations, and so has left the question open for Constitutional debate. It has been correctly noticed that regarding this matter we should follow the example of the German Constitution, which allows for the ensuring of budgetary balance. This can only be achieved by counter-balancing the constant increases in public salaries and pensions stemming from performant years with cuts in times of economic crises or excessive budgetary deficits (Paul, 2010). Thus, it is a condemnable fact that the constitutional court judges decided to take on the role of the executive in the case undergoing scrutiny, as they substituted their own view of the correct or preferable solution in their decision rather than remain within the boundaries of reviewing the lawfulness of the matter they were asked to judge upon (French, 2009, p. 11).

Navigating the quicksand at hand will not be an easy task. A coordinated effort of normative economic analysis of law proposals, their enactment and the subsequent constant application of the analysis tools in the day to day activity of the constitutional interpreters will have to be achieved in order for legal decisions to constitute sound economic ones as well. Also, the constant application can only be a result of the competence to properly apply

economic reasoning whenever trying to tackle complex legal issues that affect economic outcomes. A delicate balance must be struck, as we are not requesting a system of constitutional economists that disregard the rule of law, just the same as we condemn pure jurists that have an unhealthy disregard for the economic pains of the nations they are charged to help defend. The journey ahead is long and difficult, but its successful completion could yield great economic efficiency benefits. A new Constitution worthy of its twenty-first century origin will have to try to tackle all of these issues head-on. This analysis is but a mere signal that is meant to spark the lighting of the long path ahead.

Acknowledgement

This work was cofinanced from the European Social Fund through Sectoral Operational Programme Human Resources Development 2007-2013, project number POSDRU/159/1.5/S/134197 „Performance and excellence in doctoral and postdoctoral research in Romanian economics science domain". / Această lucrare a fost cofinanțată din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013, proiect numărul POSDRU/159/1.5/S/134197 „Performanță şi excelență în cercetarea doctorală și postdoctorală în domeniul ştiintelor economice din România".

Bibliography

1. Croitoru, E. L., Alexandru, F., Toader, S. A., 2014. Sustainability of the public pensions system in terms of demographic factors. Case Study: Romania, International Journal of Economics and Statistics, Volume 2, North Atlantic University Union, Oregon, United States of America. Available online at http://www.naun.org/main/NAUN/economics/2014/a422015-135.pdf (last accessed on October 9th, 2014)
2. Easterbrook, F. H., 2002. Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?, 73 University of Colorado Law Review, United States of America. Available online at http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2135&context=journal_articles (last accessed on October 9th, 2014)
3. Bendor, A. L. , 2011. The Relevance of the Judicial Activism vs. Judicial Restraint Discourse, 47 Tulsa L. Rev., United States of America. Available online at

http://digitalcommons.law.utulsa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2816&context=tlr (last accessed on October 9th, 2014)

4. Barak, A., 2009. The Judge in a Democracy, Princeton University Press, United States of America. Available online at http://books.google.ro/books?id=9dVYGvTHm38C&dq=judicial+activism+restraint&source=gbs_navlinks_s (last accessed on October 9th, 2014)
5. Wolfe, C., 1997. Judicial Activism: Bulwark of Freedom Or Precarious Security?, Rowman & Littlefield, Washington DC, United States of America. Available online at http://books.google.ro/books?id=OtQu8dnH9coC&pg=PA2&lpg=PA2&dq=judicial+activism+restraint&source=bl&ots=KdNYfPPHpe&sig=GDWHchH2Yq2E-h-JzY5F3nDZRNU&hl=en&sa=X&ei=MqoyVPbcHuf5ygOh8YD4Cg&ved=0CCsQ6AEwAjgU#v=onepage&q=judicial%20activism%20restraint&f=false (last accessed on October 9th, 2014)
6. Stone, G. R., 2012. *Citizens United* and Conservative Judicial Activism, University of Illinois Law Review, United States of America. Available online at http://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2012/2/Stone.pdf (last accessed on October 9th, 2014)
7. Piccard, P., Piccard, A., 2006. Judicial Activism or Judicial Independence? From *Marbury v Madison* to *Bush v Gore*, A Cautionary Tale for Democracy, International Bar Association July Issue, London, United Kingdom. Available online at http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=359FD32B-8425-4DFE-992D-BEBAD64B10FE (last accessed October 9th, 2014)
8. Pinelli, C., 2007. The Concept and Practice of Judicial Activism in the Experience of Some Western Constitutional Democracies in Juridica International Law Review XIII/2007, University of Tartu, Estonia. Available online at http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2007_2_31.pdf (last accessed on October 9th, 2014)
9. Socol, C., Marinaș, M.-C., Socol, A.-G., Dascălu, I., 2011. Public Pensions Reform in Romania. How Affect the Public Finance Sustainability? in Timișoara Journal of Economics Vol. 4 Issue 4(16), Timișoara, Romania. Available online at http://www.tje.uvt.ro/index.php/tje/article/download/123/pdf (last accessed October 9th, 2014)

10. Ciuraru-Andrica, C., 2012. Administrarea Sistemului Public de Pensii din România între Teorie și Practică in *Revista Transilvană de Ştiinţe Administrative* 2(31)/2012. Available online at http://www.rtsa.ro/files/RTSA%20-%2031%20-%202CIURARU-ANDRICA.pdf (last accessed on October 9th, 2014)

11. K.A.S., 2013. The Economic Constitution in Selecție de Decizii Ale Curții Constituționale Federale a Germaniei, BVerfGE 50, 290 (Mitbestimmungsgesetz), Konrad Adenauer Foundation, Rule of Law Program South-East Europe, Ed. C. H. Beck, Bucharest. Available online at http://www.kas.de/wf/doc/kas_35697-1522-1-30.pdf?140328143713 (last accessed on October 9th, 2014)
12. Paul, A. M., 2010. O zi tristă cu dublu sens, http://www.andreeapaul.ro (last accessed on October 9th, 2014) blog June 25th 2010 entry. Available online at http://www.andreeapaul.ro/blog/2010/06/o-zi-trista-cu-dublu-sens/ (last accessed on October 9th, 2014)
13. French, R. S., 2009. Judicial Activism – The Boundaries of the Judicial Role in November 10th 2009 LAWASIA Conference speech publication, Ho Chi Minh City, Vietnam. Available online at http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/current-justices/frenchcj/frenchcj10Nov09.pdf (last accessed October 9th, 2014)

CERTAIN ASSESSMENTS RELATED TO PERSONALITY RIGHTS

Izabela Bratiloveanu, Postdoc Researcher, PhD, University of Craiova

Abstract: The personality rights are rights inherent to the human person, as they belong to any physical person (innate and inalienable), to protect its primary interests. Unlike the real rights and the rights of claim, this bundle of rights is not acquired as a result of human actions. As stated in the Romanian doctrine, the legal nature of personality rights is personal non-property rights. The Romanian specialty literature has shown a particular interest in this category of rights, since the adoption of the new Civil Code, which are classified according to the content of regulated rights as follows: rights protecting the human body and its biological and psychological functions (the right to life, the right to health, the right to physical and mental integrity) and rights protecting moral values (the right to dignity, the right to freedom of expression, the right to privacy, the right to image, the right to respect the memory of the deceased). The new Civil Code listed in an illustrative manner as personality rights within paragraph 1 of Article 58: the right to life, health, physical and mental integrity, dignity, self-image, respect for privacy.

Keywords: the personality rights; the personal non-property rights; Civil Code.

1. INTRODUCTION

In German legal doctrine, was established a theory of personality rights in the late nineteenth century, with a view to remedy the inability to use with flexibility the mechanism of tort liability to punish the damages brought to the person. As pointed out, the German Civil Code contains provisions, with principle value, according to which the person affecting life, body, health and freedom of an another one, is undertaken to repair the damage caused (art. 823 B.G.B.), from which the German doctrine and case law have held that there is a *right to respect for life, physical integrity and freedom of movement*[1]. As regards the *right to honor*, it results from tort liability provisions (article no. 826 and 823 paragraph 2 B.G.B.) in conjunction with the criminal provisions in this matter, and the *right to image* is consecrated by special provisions concerning the right of artistic creation and photography. On the other hand, the German Federal Court of Justice has established a general personality right, based on the provisions of articles 1 and 2 of the German Basic Law.

French doctrine of the early 20th century was heavily inspired by German doctrine, in 1909, and H.E. Perreau published the article "Des droits de la personnalité", in Revue trimestrielle de droit civil, an article which constitutes a first systematization attempt. In French law, the legislative solutions translated the doctrinal and jurisprudential guidelines. In 1970, the scandal press which sought to commercially use the photography of the President of the Republic, Georges Pompidou, led to legislative changes. Thus, through the Law no. 70-643 of 17th July 1970 on the strengthening of guaranteeing the individual rights of citizens, has been amended the article 9 of the Civil Code and has been recognized the right to privacy[2]. Law no. 93-2 of 24th August 1993 on the reform of the Criminal Procedure Code

[1] H. Diaconescu, S. Cercel, R. D. Diță, G. Gazdovici, *Răspunderea juridică în domeniul prelevării și transplantului în dreptul român,* U.J., 2009, p. 44.

[2] Article 9 of the French Civil Code: "*Chacun a droit au respect de sa vie privée*. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres,

provided the civil protection of the presumption of innocence under art. 9-1 of the Civil Code[3]. Furthermore, by Law no. 94-653 of 29th July 1994 on the respect for the human body there have been introduced in the French Civil Code in Book I, Title I, Chapter II – About the Respect of the Human Body, the articles from 16 to 16-9 and in Chapter III - About the Exam of Genetic Characteristics of a Person and about the Identification of a Person based on its Genetic Fingerprints, the articles from 16-10 to 16-13.

2. PERSONALITY RIGHTS – PERSONAL NON-PROPERTY RIGHTS

Subjective civil right represents the ability of the active subject, within the civil legal norms, to have a certain conduct, to claim to the passive subject to have an appropriate conduct and, if necessary, to request the participation of the coercive force of the State. Therefore, the defining elements of subjective civil right are: *1)* the subjective civil right is a possibility recognized by civil law to the active subject, physical and legal person; *2)* under this possibility, the active subject: *a) can have himself a certain conduct*, such as the case of the absolute right (real or non-property); b) *may require an appropriate conduct to the passive subject* (to give, to do or not to do anything, as appropriate, as the case of the right of claim, which is a relative right) and *c) may require the participation of the coercive force of the State*, if necessary (namely when its right is disregarded, or violated)[4]. The subjective right is a legitimate restriction of the freedom of the other, set by the legal norm in favour of the subject thus receiving a reserved area to exercise its powers.

Depending on the nature of their contents, the subjective civil rights are divided in property rights and non-property rights, each category having subcategories in its turn. Are property rights the subjective rights whose content can be expressed by money, in a pecuniary way. As noted in the doctrine, the *property rights* belong to the category of *goods*. The term "*good",* that refers to any economic value likely to be useful to a person, brings together two very different categories: *the tangible assets*, namely tangible things considered as such (a building, a car, a violin) plus *intangible assets*, namely the property rights whose existence is not material, but only legal [5]. As regards *property rights*, they are classified into real rights and rights of claim. *The real right - jus in re* - represents that property right by virtue of which its holder may exercise the powers over a good without the participation of another person (for example right to property and its dismemberments). *The right of claim- jus ad personam* - represents that property right pursuant to which the active subject (creditor) may require to the passive subject (debtor) to give, do or not do anything.

In legal literature, there have been over time different classifications of non-property rights. Further within our research, we shall present some criteria retained at the basis of these classifications. From the first point of view, based on the triad of human structure - the human as bio-psycho-social being, we make the distinction between: *non-property rights protecting the human being as a whole bio-psychic entity* (right to life, right to health, the right to physical and mental integrity), *non-property rights defining the human being as the subject of*

---

propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimitéé de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonées en référé".

[3] Article 9-1 of the French Civil Code: "*Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence*. Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans prejudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes les mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte".

[4] Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil,* U.J., Bucureşti, 2005, p. 77.

[5] H. Diaconescu, S. Cercel, R.D. Diţă, G. Gazdovici, *work cited*, p. 36.

its emotional or affective states and relations (the right to honor, reputation, dignity, right to memory, right to the feelings of affection for the death of a close human being) and *non-property rights protecting human being as social relationship* (the rights of the physical person - the right to a name, the right to a home, the right to marry and to found a family, the right to privacy, the right to a certain marital status, non-property rights of the author; the rights of communities constituted as legal persons - right to a name, the right to a head office, the right to emblem, firm, right to fair competition)[6].

In the category of non-property rights, certain authors subsume: *the actual personality rights, the rights relating to the civil status of the individual and the fundamental freedoms*[7], while others make the distinction between: 1. *the right to respect for the physical integrity* which involves the protection of the human body and the protection of the human life (right to life and health); 2. *the right to moral integrity* (right to privacy); 3. *the right to image*; 4. *other personality rights* (the right to voice, the right to honor, the right to the presumption of innocence)[8]. Dean Carbonnier appreciated as being part of *the attributes of the physical person*: *the personality rights* (the right to its own image, the right to honor, the right to dignity); *the individual freedoms* (the physical freedom[9], the inviolability of residence, the freedom of conscience, the professional freedoms[10]); *the right to privacy*; *the presumption of innocence; the civil equality* (the principle of civil equality, legitimate inequalities, discriminations)[11].

In the oldest Romanian doctrine, the non-property rights were classified according to *the framework* in which individualizes the person in: *1.* The rights individualizing the person within the society, which are regulated by the civil law; *2.* The rights individualizing the person within the family, which are regulated by family law[12]. The rights individualizing the person within the society, depending on the aspect covered, are divided into:

1.*Rights relating to the existence and integrity (physical and psychological) of the person*, such as: the right to life, right to health, right to honour, honesty or reputation, the right to human dignity;

2. *Rights relating to the identification of the person*, such as: a) for the physical person: the right to a name, the right to a nickname, the right to domicile and residence, the right to a civil status, b) for the legal person: the right to a name, the right to a head office and others.

3. *Rights resulting from intellectual creation*, namely (only) non-property rights that spring from literary, artistic or scientific and inventive work[13]. Such rights are: the right to work or invention authorship, the right to bring the work available to the public, the right to demand respect for the integrity of the work and the right to withdraw the work.

The personality rights are "the rights inherent to the human being as belonging to any physical person (innate and inalienable) in order to protect its primary interests"[14], or, in other

[6] C. Jugastru, *Dreptul persoanelor. Dreptul obligaţiilor*, Hamangiu 2013, p.18.
[7] Ch. Larroumet, *Introdution à l'étude du droit privé,* Tome I, Economica, 2004, pp. 269-271.
[8] S. Gjidara-Decaix, *Précis de droit civil,* P.U.F., Paris, 2007, pp. 52-90.
[9] Freedom to move, freedom to do something or not.
[10] Freedom of trade and industry, the labor freedom.
[11] J. Carbonnier, *Droit civil. Les personnes,* 21 edition, PUF, 2000, p. 148.
[12] A. Pop, Gh. Beleiu, *Drept civil. Teoria generală a dreptului civil,* University of Bucharest, Faculty of Law, Bucureşti, 1980.
[13] Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Universul Juridic, Bucureşti, 2005, p. 80.
[14] Ph. Malaurie, L. Aynes, *Droit civil. Les personnes. Les incapacités*, 5 edition, Cujas, 1999, p. 113.

words, are "native powers" for the simple fact of being a person[15]. Unlike real rights and rights of claim, such rights shall not be acquired as a result of the human actions[16].

Based on article 54 of the Decree no. 31/1954 which lists the main non-property rights, namely: the right to name or nickname, to right to honour, reputation and the non-property right of the author of a scientific, literary or technical work, in the Romanian law, until the emergence of the new Civil Code in which are explicitly recognized under this terminology in Article 58, the concept of personality rights firstly appeared in the literature and were included in the category of non-property rights. It should also be added that it was criticized the classification established by the provisions of article 54 paragraph (1) of the Decree no. 31/1954 as it omits important non-property rights such as the right to life, the right to physical integrity, the right to privacy. It was mentioned that this institution aims at providing a precise and clearly defined legal framework to protect the bio-psycho-social entity of a human being[17]. The Decree no. 31/1954 did not specifically refer to the right to dignity, but provided protection of honour and reputation of the person.

Personality rights do not integrate into the patrimony of the person, which designates a universality of property rights and obligations that belong to a person[18]. On the same line of thinking, it was held that the rights belonging to the patrimony of a person are property rights, which can be valued in money; therefore, when we say patrimony, we implicitly say financial. And hence, those rights who do not have such an expression will remain outside the patrimony by their nature; these rights are called non-property rights. They are essentially non-monetary.

Not only public or political rights of the individual are embedded in the patrimony, but also the private rights, such as those relating to the parental authority, the right to honour or the moral right arising from the quality of the artist or writer, civil status actions, etc., namely those relating to personality[19]. The personality referred to by this bundle of rights is not confined to the technical notion of legal person, meaning to be subject of law, but concerns the human person as a whole, in its biological, psychological and social reality [20].

Personality rights are absolute rights, their correspondence being the general and negative obligation to not violate them, an obligation incumbent on all the others subjects of civil law (or, as noted in the literature, are rights opposable *erga omnes*); are not transmissible and, therefore, can't be the object of a legal transmission; are not subject to extinctive and acquisitive prescription; can't be pursued by creditors; are strictly personal, consequently, are not likely to be exercised by representatives; are universal, in the sense that they belong to all persons.

The steps in the fixation of the concept of "personality rights" had as starting point the definition of subjective rights and their delimitation from civil liberties[21]. As society evolved, the human powers that are considered normal were endangered, requiring a higher level of protection. The border between personality rights and civil liberties is uncertain and in

[15] F. Sudre, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 311.
[16] Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les personnes. Les incapacités*, 5 edition, Cujas, Paris, 1999, p. 113.
[17] Gh. Mihai, G. Popescu, *Introducere în teoria drepturilor personalităţii*, Editura Academiei Române, Bucureşti, 1992, p. 16.
[18] L. Pop, L.-M. Harosa, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Universul Juridic, Bucureşti, 2006, p. 11.
[19] O. Ungureanu, C. Munteanu, *Tratat de drept civil. Bunurile. Drepturile reale principale*, Hamangiu, Bucureşti, 2008, p. 5.
[20] O. Ungureanu, C. Jugastru, *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod Civil,* Hamangiu, Bucureşti, 2011, p.42.
[21] See, P. Kayser, *Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques*, Revue trimestrielle de droit civil, vol. XXIX/1971, pp. 448-454.

constant movement, many of the powers that nowadays are considered to be rights having the status of freedoms in the past[22]. Some authors consider that civil liberties are part of personality rights, to the extent that they have a consecration in the national law or international conventions[23]. There are opinions saying that civil liberties are joined in the category of personality rights, as they have many common characters[24]. Other authors, based on the idea that personality rights have a determined content, set them apart from freedoms[25]. Are considered civil liberties: freedom of conscience, freedom of movement and establishment, freedom to have a large family or not having a child, freedom to practice the profession you choose, freedom to marry or to remain celibate, freedom to adopt a child, to choose your friends, fashion, diet, freedom to live solitary or to live in the community or in free union and freedom to prepare your funeral.

Personality rights are a particular application of subjective rights. Along with this majority opinion other points of view were also expressed. Thus, according to J. Ghestin and G. Goubeaux, personality rights are at the "limit" of the notion of subjective right, this quality being often recognized to certain personality rights, such as the right to image[26]. Some authors consider that these are freedoms finding their limits in competing freedoms of the other subjects or legitimate interests[27]. Other authors consider that personality rights are "subjective civil rights without physical expression, subject to the principle of availability". Technically speaking, the personality rights would be "civil liberties"[28].

3. THE CLASSIFICATION OF PERSONALITY RIGHTS

In both foreign and Romanian literature, there is no complete agreement relating to the determination of the personality rights, the constant focus being on the difficulty to systematize this matter, as well as to characterize, to review its component rights.

The catalogue of personality rights indicated under Article 3 of the Civil Code of Québec has an open character, including in this category the right to life, the inviolability and integrity of the person, the right to respect for the name, reputation and privacy. In Article 35 is provided for the right to respect for reputation. In an Eastern European area, the Polish legislature opted in 1964 for an enumeration type listing, providing in art. 23 of the Civil Code: "The goods inherent to human personality, and especially health, freedom, honour, freedom of conscience, the name and the pseudonym, image, secrecy of correspondence, inviolability of the home, scientific or artistic creation, invention and rationalization remain under the protection of civil law, independent from the protection under other provisions". The polish jurisprudence has rejected the concept of the general right of personality and categorically ruled for a plurality of personality rights[29].

Also, so far, in the literature, there is no full agreement on the proposed criteria for the classification of personality rights and the content of each category of such rights, therefore we will confine to present just some of them. In a more general manner, we can say that there

[22] E. Chelaru, *Drepturile personalităţii în reglementarea Noului Cod Civil,* Dreptul nr. 10/2011, p.31.
[23] *Ibidem,* p.32.
[24] See, O. Ungureanu, C. Jugastru, *Drept civil. Persoanele,* Rosetti, 2003, p. 44.
[25] See, F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Manuel de droit des personnes,* P.U.F., 2006, p. 213.
[26] J. Ghestin, G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale,* L.G.D.J., Paris, 1977, pp. 164-165.
[27] Y-H Leleu, G. Genicot, E. Langenaken, *La maîtrise de son corps par la personne*, in J.L.Renchon (coord.), Les droits de la personnalité. Actes du X Colloque de l'Association „Famille & Droit", Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 99.
[28] Gh. Mihai, G. Popescu, *work cited* , p.64.
[29] See B. Lewaszkiewicz- Petryknowsa, *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine*, Actes du Séminaire UniDem, Montpellier, France, 1998.

is no universally accepted opinion on the list of personality rights and that each author develops its own approach.

In French law, a first classification based on the object of rights makes the distinction between the real rights, the rights of claim, the intellectual property rights and the personality rights; personality rights are characterized by the fact that their object is the very person of their owner and should be limited to "rights aimed at guaranteeing and developing the person itself"[30]. Some authors hold a classification of personality rights into two categories: the rights relating to the physical appearance of a person (the right of the person over its body and the person's right to respect for its body) and the moral rights of the person (the right to image and privacy, the right to the presumption of innocence, the right to inviolability of the home, the right to privacy of correspondence, right to honour, the moral right of the author over its work)[31]. From other point of view, they are divided into: personality rights that tend to protect the physical integrity, personality rights that tend to protect the moral integrity and personality rights that tend to protect the privacy[32]. From a third point of view, fall within personality rights: civil liberties, fundamental guarantees regarding hospitalization of persons on the grounds of mental disorders, inviolability of the home, privacy, right to their own image, the right to their voice, right to honour, right to respect for beliefs, the right to confidentiality[33]. In Swiss law, in general, there is distinction between the rights of the physical personality, the rights of the affective personality and the rights of the social personality[34]. Also, in another view, it was considered that it would be more accurate to try a setting of several categories of the personality rights, but not taking into account personality aspects involved but, depending on their specific nature and legal status applicable[35].

Within the Romanian literature, from one point of view, personality rights were classified into two categories, namely: the rights relating to the protection of the human body (the right to life, health, physical and mental integrity) and the rights that protect the moral values (the right to dignity, the right to its own image, the right to honour, the right to respect for private life)[36]. Professor Eugen Chelaru, in a first time, classified the rights of personality according to the time they protect the values inextricably linked to the humanity of the human being, namely during life or after death of the human being and, in a second time, depending on the content of rights, in rights that protect the human body and its biological and psychological functions (right to life, right to health, the right to physical and mental integrity) and rights that protect moral values (right to dignity, the right to freedom of expression, right to privacy, right to image, right to respect the memory of the deceased).

---

[30] J. Ghestin, G. Goubeaux, *work cited*, p. 164.

[31] Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, ediţia a 13-a, 2011, pp. 302-333. Also see M. de Juglart, *Cours de droit civil avec travaux dirigés et sujets d'examen. Tome 1. Premier Volume. Introduction. Personnes. Famille*, Ed. Monthchrestien, 1975, p. 105; the author distinguishes between rights derived from the physical aspect of the personality, a category which includes the right to bodily integrity and rights about the moral aspect of personality, a category which includes the right to the image, the right to privacy and the moral right of the author. See, A. Weill, *Droit civil, Tome 1*, Dalloz, Paris, 1972, vol.2, p. 22.

[32] Fr. Terré, D. Fennoillet, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 6 edition, Dalloz, Paris, 1996.

[33] G. Cornu, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 8 edition, Montchrestien, Paris, 1997, p. 184. ; J. Ghestin, G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, L.G.D.J., Paris, 1977, pp. 164-165.

[34] A. Bucher, Personnes physiques et protection de la personnalité, ediţia a 5-a, Helbing Lichtenhahn, 2009, p. 96.

[35] For details, see D.S. Lindenbergh, *De positie en de handhaving van persoonlijkheidrechten in het Nederlandse privaatrecht*, T.P.R, 1999, p. 1673.

[36] C. T. Ungureanu, M. Afrăsiniu, D.M. Cigan, M. Eftimie, L. Irinescu, M. Păpureanu, E. Florescu, A.C. Târşia, C. Voicu, G.C. Frenţiu, M.S. Croitoru, I. Popa, L. Mirea, O. Podaru, D.M. Cosma, E. Roşioru, Noul Cod Civil. Comentarii, doctrină şi jurisprudenţă. Vol. I. Art. 1 – 952, , Hamangiu, Bucureşti, 2012, p.94.

A part of the Romanian legal doctrine held that, broadly, personality rights include the individual freedoms, such as freedom of conscience, freedom of movement and establishment, freedom to practice the profession you choose, freedom to marry or to remain celibate, freedom to live solitary or live in the community or in free union; freedom to have a large family or not having a child, the freedom to adopt a child, the freedom to choose your friends, freedom of fashion, diet; finally, the freedom to prepare your funeral[37].

4 .THE NEW CIVIL CODE PROVISIONS

The Civil Code contains provisions regarding the personality rights in Book I –"About Persons", Title II – "Physical Person", Chapter II -"The Respect Due to the Human Being and its Inherent Rights" and the procedural guarantees in Title V "The Non-Property Rights Protection". The chapter which enshrines the rights of personality is structured in four sections: Section 1 - Common Provisions (article 58-60); Section Two - The rights to life, health and integrity of the physical person (article 61-69); Section three – Respect for the privacy and human dignity (article 70-77) and Section four - Respect due to a person after its death (art. 78-81).

The Civil Code set out in paragraph (1) of article 58 as personality rights: the right to life, health and integrity, the right to dignity, the right to their own image, the right to privacy[38]. As for the content of the article, it should be noted that the Romanian legislator has expressly established that it is an illustrative list and that this category also includes "such other rights specified by the law"[39].

Personality rights are subject to the law in force at the time of their exercise and any breach of these rights is subject to the law in force at the time of committing the violation. In the relations of private international law, the existence and the content of personality rights are subject to the national law of the physical person, according to article 2577 Civil Code. The National law is the law of the State whose nationality the physical person has, and if the person has more than one nationality, it is the law of that State whose nationality the physical person has and which is most closely connected, in particular through its habitual residence. For the persons who have no nationality and for refugees, the reference to national law is understood as a reference to the law of the State where it has the habitual residence.

The repair claims based on a breach of privacy or personality, including through the media or through any other information medium, are governed, in accordance with the provisions of art. 2642 Civil Code, upon the choice of the injured person's by:

a) the law of the State of its habitual residence;

b) the law of the State in which occurred the detrimental outcome;

c) the law of the State where the author of that damage has its habitual residence or registered office.

In the cases referred to at letters a) and b), the law cited provided that the author of the damage to have reasonable expectations that the effects of impairment of personality to occur in one of those States. The right of reply against harm to the personality is subject to the law of the state in which publication occurred or where the show aired.

The provisions of the New Civil Code applies to the illegal acts causing injury committed after its entry into force and not to the illegal acts committed before. In accordance

[37] O. Ungureanu, C. Jugastru, *Drept civil. Persoanele,* Hamagiu, 2007, p.41.

[38] Law no. 286/2009 published in the Official Gazette, Part I, no. 511/2009. The new Civil Code entered into force on 1 October 2011.

[39] The paragraph 1 of the article 58 was amended by Law no. 71/2011 implementing the Law no. 287/2009 published in the Official Gazette, Part I, no. 409/2011. Prior to the amendment, the text was formulated as follows: "Everyone has the right to life, health, physical and mental integrity, to honour and reputation, the right to privacy and the right to its own image".

with the rule of article 3 of Law no. 71/2011 for the implementation of Law no. 287/2009 on the Civil Code[40], "the acts and legal facts concluded or, if applicable, performed or produced before the entry into force of the Civil Code cannot generate legal effects other than those provided by the law in force at the date of completion or where appropriate, their occurrence or production". Article 103 of the same law provides that "The obligations arising from the extra-contractual legal facts are subject to provisions of that law which is in force at the time of their production or, where appropriate, their commission". Article 118 of Law no. 71/2011 provides an exception in the matter of obligations settlement by establishing that "Non-contractual obligations arising before the entry into force of the Civil Code are subject to ways of extinguishing obligations contained therein". Consequently, for the illegal actions causing injury committed before the entry into force of the present Civil Code, the moral and material damages are determined in compliance with the civil law in force at the time of the actions, respecting the rule tempus regit factum / actum and not according to the new Civil Code.

REFERENCES:

1.Beleiu Gh., *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil,* U.J., Bucureşti, 2005.

2.Bucher A., Personnes physiques et protection de la personnalité, 5 edition, Helbing Lichtenhahn, 2009.

3.Chelaru E., *Drepturile personalităţii în reglementarea Noului Cod Civil,* Dreptul nr. 10/2011.

4.Cornu G., *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens,* 8 edition, Montchrestien, Paris, 1997.

5.Diaconescu H., Cercel S., Diţă R. D., Gazdovici G., *Răspunderea juridică în domeniul prelevării şi transplantului în dreptul român,* U.J., 2009.

6.Gjidara-Decaix S., *Précis de droit civil,* P.U.F., Paris, 2007.

7.Ghestin J., Goubeaux G., *Traité de droit civil. Introduction générale*, L.G.D.J., Paris, 1977.

8.Jugastru C., *Dreptul persoanelor. Dreptul obligaţiilor,* Hamangiu, Bucureşti, 2013.

9.Kayser P., *Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques*, Revue trimestrielle de droit civil, vol. XXIX/1971.

10.Larroumet Ch., *Introdution à l'étude du droit privé,* Tome I, ediţia a 4-a, Economica, Paris, 2004.

11.Lewaszkiewicz- Petryknowsa B., *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine*, Actes du Séminaire UniDem, Montpellier, France, 1998.

12. Malaurie Ph., Aynes L., *Droit civil. Les personnes. Les incapacités*, 5 edition, Cujas, Paris, 1999.

13. Malinvaud Ph., *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, Paris, 13 edition, 2011.

14. Mihai Gh. , Popescu G., *Introducere în teoria drepturilor personalităţii*, Editura Academiei Române, Bucureşti, 1992.

15. Pop L., Harosa L.-M., *Drept civil. Drepturile reale principale*, Universul Juridic, Bucureşti, 2006.

16. Renchon J.L. (coord.), Les droits de la personnalité. Actes du X Colloque de l'Association „Famille & Droit", Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, Bruylant, Bruxelles, 2009.

[40] Published in the Official Gazette no. 409 of 10th June 2011.

17. Sudre F., *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

18. Terré Fr., Fennoillet D., *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, ediţia a 6-a, Dalloz, Paris, 1996.

19. Ungureanu O., Jugastru C., *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod Civil*, Hamangiu, Bucureşti, 2011.

20. Ungureanu O., Munteanu C., *Tratat de drept civil. Bunurile. Drepturile reale principale*, Hamangiu, Bucureşti, 2008.

21. Ungureanu O., Jugastru C., *Drept civil. Persoanele*, Rosetti, Bucureşti, 2003.

22. Ungureanu C.T., Afrăsiniu M., Cigan D. M., Eftimie M., Irinescu L., Păpureanu M., Florescu E., Târşia A.C., Voicu C., Frenţiu G.C., Croitoru M.S., Popa I., Mirea L., Podaru O., Cosma D.M., Roşioru E., *Noul Cod Civil. Comentarii, doctrină şi jurisprudenţă. Vol. I. Art. 1 – 952*, Hamangiu, Bucureşti, 2012.

23. Weill A., *Droit civil, Tome 1*, Dalloz, Paris, 1972.

24. Zenati-Castaing F., Revet T., *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006.

My contribution to this work was supported by the strategic grant POSDRU/159/1.5/S/141699, Project ID 141699, co-financed by the European Social Fund within the Sectorial Operational Program Human Resources Development 2007-2013.

THE MECHANISM FOR SOLVING THE DISPUTES RELATED TO THE DANUBE RIVER

Dan Alexandru Guna, PhD Student, "Valahia" University of Târgoviște

Abstract: The article analyzes the legal settlement of international disputes on the Danube River, based on the framework regulation applicable in Europe such as the Helsinki Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes held in 1992, but also the agreements signed specifically related to the river.The article also explains the historical and political circumstances that have influenced the regulations governing the settlement of disputes related to navigation and sustainable use of the Danube River water.

Keywords: The Danube, the settlement of international disputes, transboundary watercourses.

1. Introducere

La nivelul continentului european regimul apelor transfrontiere este alcătuit din tratate multilaterale dar şi bilaterale dar şi din acte normative ce ţin de ordinea juridică a Uniunii Europene . Calitatea de membru al U.E a unui stat, atrage conform art. 344 din Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene obligaţia ca orice diferend referitor la interpretarea sau aplicarea tratatelor să fie supus jurisdicţiei Curţii Europene de Justiţie. Ca atare acordurile la care este parte şi U.E devin drept comunitar şi pe cale de consecinţă intră în competenţa de judecată a C.E.J. Acest poate avea implicaţii în cazul în care două state membre au un diferend cu privire la o convenţie referitoare la un fluviu internaţional la care este parte şi U.E (cum este spre exemplu Convenţia de la Berna din 1999 privind protecţia Rinului). Implicaţiile ţin de competenţa exclusivă a instanţei europene în raport de un tribunal arbitral ales de părţi sau altă instanţă internaţională, însă nimic nu împiedică părţile să folosească metodele politico-diplomatice (cum sunt de exemplu clasicele negocieri) în acest sens neexistând restricţii comunitare.[1]

Preocupările statelor europene au evoluat de la abordarea problemei navigaţiei la aspecte care ţin de folosirea apelor transfrontiere pentru producerea de energie electrică , irigaţii, pescuit, agrement sau protecţia mediului. În Europa există o bogată practică a cooperării dar există şi episoade de conflict în legătură cu apele transfrontiere. Spre exemplu disputa dintre Belgia şi Olanda cu privire la fluviul Meuse rezolvată de C.P.J.I în 1937, disputa dintre Spania şi Franţa cu privire la Lacul Lanoux din 1957, disputa din anii 1990 dintre Spania şi Portugalia cu privire la Minho, Douro, Tagus and Guadiana , disputa dintre Ungaria şi Slovacia referitoare la complexul Gabcikovo-Nagymaros de pe Dunăre[2] rezolvată de C.I.J în 1997, disputa România – Ukraina cu privire la Canalul Bâstroe[3] e.t.c.

[1] Un asemenea caz a fost MOX Plant care a opus Irlanda şi Marea Britanie. În speţa respectivă calitatea de membre ale U.E a celor două state şi implicit de părţi la tratatul EURATOM a atras reacţia Comisiei Europene care a declanşat împotriva Irlandei procedura de infrigement pentru încălcarea jurisdicţiei exclusive a Curţii Europene de Justiţie în speţele vizând interpretarea sau aplicarea legislaţiei comunitare. Pentru analiza detaliată a speţei Cesare Romano, *"Case C-459/03 Commission v. Ireland",* American Journal of International Law, Vol. 101, 2007.

[2] Pentru o analiză detaliată a se vedea Mircea Duţu, *Tratat de dreptul mediului*, Ed.C.H.Beck, ed.a 3-a, Bucureşti, 2007, p.746, Heiko Fürst, *The Hungarian-Slovakian Conflict over the Gabcikovo-Nagymaros Dams:*

2. Cadrul legal internaţional.

Un instrument foarte important la nivelul acestui continent este Convenţia de la Helsinki din 1992 privind protecţia şi utilizarea cursurilor de apă transfrontiera şi a lacurilor internaţionale , încheiată sub auspiciile Comisie Economice a O.N.U pentru Europa. Ea se axează în special pe problema prevenirii, controlului şi reducerii impactului transfrontier al activităţilor statelor riverane cursurilor de apă internaţionale. Protecţia mediului acvatic dar şi utilizarea echitabilă şi rezonabilă a acestor ape reprezintă aspecte importante pe care convenţia le reglementează.

În ceea ce priveşte rezolvarea diferendelor convenţia are o abordare clasică , destul de lapidară (specifică convenţiilor cadru). Astfel conform art.22 dacă apare un diferend cu privire la interpretarea sau aplicarea convenţiei părţile îl vor rezolva prin negocieri sau alte mijloace convenite de părţi. Pe lângă negocieri statele pot recurge la arbitraj sau C.I.J . Convenţia detaliază regulile cu privire la arbitraj în anexa numărul IV.

Spre deosebire de alte convenţii cu privire la apele transfrontiere, în cazul celei de faţă nu este stabilit un mecanism special, în afară de Reuniunea părţilor. Acesta serveşte drept organism formal şi informal pentru prevenirea dar şi rezolvarea disputelor prin întâlniri regulate dar şi programe comune. Conform art.17 pct. 2 la şedinţele acestui organism părţile vor trece în revistă stadiul implementării acestei convenţii. Pentru acest scop vor examina politicile şi abordările lor metodologice pentru protecţia şi utilizarea apelor transfrontiere; vor schimba informaţii în legătură cu experienţa câştigată prin încheierea şi implementarea de acorduri bilaterale şi multilaterale sau a altor aranjamente privind protecţia şi utilizarea apelor transfrontiere, la care una sau mai multe sunt părţi.

Regimul cadru stabilit de Convenţia de la Helsinki a fost completat cu Protocolul de la Londra privind apa şi sănătatea din 1999. Scopul acestuia este promovarea protecţiei sănătăţii omului si a bunăstării, atât individuală, cât si colectivă, în cadrul unei dezvoltări durabile, prin îmbunătăţirea gospodăririi apelor, incluzând protecţia ecosistemelor acvatice si prin prevenirea, controlului reducerea bolilor asociate apei. Protocolul este printre primele convenţii internaţionale încheiate special pentru a atinge un nivel adecvat din punct de vederea al igienei, calităţii apei potabile, nivel necesar pentru protecţia sănătăţii umane. Ca şi organism comun necesar pentru asigurarea implementării este înfiinţată Conferinţa părţilor. La nivelul implementării protocolului art.15 prevede că părţile vor examina conformarea părţilor cu prevederile acestui protocol, pe baza examinărilor si evaluărilor la care face referire art. 7. La prima întâlnire părţile vor stabili proceduri multilaterale neconflictuale si nejuridice de natură consultativă, pentru a examina conformarea. Aceste proceduri vor permite o implicare corespunzătoare a publicului.

Referitor la rezolvarea diferendelor protocolul urmează linia convenţiei din 1992 stabilind că părţile le vor rezolva prin negocieri sau alte mijloace alese de către părţi. De asemenea se poate recurge la arbitraj sau C.I.J.

La nivelul Europei pentru a avea o imagine corectă a regimului apelor transfrontiere este necesară şi o scurtă analiză a Directivei Cadru a Uniunii Europene privind apa din anul 2000. Ea are ca şi câmp de aplicabilitate statele membre U.E nu întreaga Europă însă în cazul în care bazinele apelor depăşesc graniţele U.E statele membre trebuie să facă toate eforturile

An Analysis, Institute for Peace Research and Security Policy University of Hamburg, Germany, p. 5, disponibil la adresa http/ece.columbia.edu/files/ece/images/furst3.pdf .

[3] Mircea Duţu, *Dosarul Bâstroe. O expunere a situaţiei de fapt şi a stării de drept*, p1. disponibil pe site ul http// www.environmental-law.ro/evenimente/Canal%20**Bastroe**-rom.DN.pdf.

pentru a se coordona cu statele nemembre pentru a atinge obiectivele stabilite de directivă. În orice caz statele membre în această situaţie vor aplica prevederile directivei cu privire la partea de bazin aflată pe teritoriul U.E. Unităţile administrative instituite pentru aplicarea acestor prevederi se numesc districte hidrografice. Statele membre vor identifica instituţiile competente să aplice prevederile directivei şi vor informa Comisia Europeană. În cazul districtelor hidrografice internaţionale, instituţiile existente pot fi abilitate pentru implementarea directivei. De exemplu bazinul fluviului Rin a fost împărţit în nouă bazine hidrografice , dintre care unele sunt internaţionale, iar Comisia Internaţională a Rinului a fost împuternicită să aplice prevederile directivei la nivelul întregului bazin.

În ceea ce priveşte mecanismul de rezolvare a diferendelor directiva nu are dispoziţii exprese deoarece disputele dintre statele membre se vor rezolva conform cadrului general stabilit de legislaţia U.E. Comisia Europeană are atribuţii de a sigura că legislaţia comunitară este respectată şi implementată. Statele membre au obligaţia de a raporta Comisiei periodic cu privire la stadiul implementării. De asemenea Comisia poate declanşa procedura de infringement împotriva statelor care încalcă legislaţia uniunii. Dacă statul nu se conformează va fi sesizată Curtea Europeană de Justiţie.[4]

Înţelegerea corectă a sistemului de rezolvare al diferendelor privind Dunărea presupune o scurtă analiză a cadrului istoric dar şi politic de adoptare a reglementărilor respective. Istoria reglementărilor privitoare la Dunăre este foarte lungă mergând de la Tratatul de pace de la Paris 1856 şi până în zilele noastre . Actualmente regimul navigaţiei dunărene este reglementat de Convenţia de la Belgrad din 1948 încheiată în condiţiile Războiului Rece şi ale dominaţiei U.R.S.S-ului în Europa Centrală şi de Răsărit. Această dominaţie şi-a spus cuvântul cu ocazia conferinţei de la Belgrad din 1948 la care au participat şi state neriverane precum : Franţa, Marea Britanie, S.U.A. În urma acestei convenţii s-a înfiinţat Comisia Dunării cu atribuţii mult reduse faţă de fosta comisie, prerogativele ei fiind limitate în special la problemele navigaţiei. Prin intermediul regimului creat de convenţia din 1948 statele riverane, şi în special Rusia stat cu aspiraţii istorice la gurile Dunării, şi-au asigurat controlul în problemele fluviului. State precum R.F.G-ul , Austria şi Iugoslavia au încercat contrabalansarea acestei influenţe a blocului comunist în problematica fluviului Dunărea. Regimul fluviului de dinainte de 1990 a fost orientat în special în direcţia utilizării economice a apelor fluviului pentru sectoare considerate prioritare de regimurile comuniste precum: agricultura, producerea de energie electrică, industria. Datorită acestei viziuni protecţia mediului dunărean a avut de suferit. Foarte multe proiecte au vizat sistemele de irigaţii, asanarea unor zone inundabile natural de către fluviu, construcţia de hidrocentrale, o mai mică atenţie fiind acordată protecţiei mediului. Referitor la acest domeniu al protecţiei mediului remarcăm Declaraţia de la Bucureşti din 1985 referitoare la cooperarea privind controlul poluării Dunării. Gradul ridicat de poluare al apelor Dunării demonstrează însă că statele la momentul respectiv nu acordau prioritate acestor obiective.

Sfârşitul Războiului Rece , dezintegrarea U.R.S.S-ului, tranziţia statelor foste comuniste către economia de piaţă, integrarea în Uniunea Europeană au influenţat foarte mult regimul fluviului. Au apărut probleme noi legate de autorităţile competente de aplicarea a reglementărilor incidente, de finanţarea planurilor şi proiectelor legate de Dunăre. Trecerea de la un sistem în care puterea politică , financiară era concentrată la centru la un sistem bazat pe descentralizare, iniţiativă locală a avut în mod firesc aceste urmări. S-a creat un nou sistem complex de parteneriate, finanţare care au necesitat adoptarea unui nou cadru legal adecvat. Optica folosirii apelor fluviului a cunoscut şi ea modificări acordându-se importanţă crescută protecţiei mediului şi folosirii durabile a resursei acvatice. Importanţa acordată de

[4] Augustin Fuerea, *Manualul Uniunii Europene*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p.270.

organismele europene acestui domeniu completată de aspiraţia de integrare a multor state riverane foste comuniste şi-au pus amprenta asupra regimului fluviului. În acest context a fost încheiată la Sofia în 1994 Convenţia privind cooperarea pentru protecţia şi utilizarea durabilă a fluviului Dunărea . Ca obiectiv principal al cooperării statelor părţi, conform art. 2 este realizarea gospodăririi durabile şi echitabile a apelor din bazinul hidrografic al Dunării. Pentru realizarea obiectivelor convenţiei a fost înfiinţată Comisia Internaţională pentru protecţia fluviului Dunărea. De remarcat că această convenţie este încheiată sub auspiciile Convenţiei de la Helsinki din 1992, încadrându-se în tendinţele europene în domeniul apelor transfrontiere.

În ceea ce priveşte cadrul legal propriu-zis de rezolvare al diferendelor Convenţia de la Belgrad din 1948[5] prevede în art. 45 că: „ Orice diferend intre statele semnatare ale prezentei Convenţii cu privire la aplicarea sau interpretarea acestei Convenţii, diferend care nu va fi fost reglementat pe calea negocierilor directe, va fi supus, la cererea uneia dintre părţile interesate, unei Comisii de conciliere compusă dintr-un reprezentant al fiecărei părţi si dintr-un al treilea membru desemnat de preşedintele Comisiei Dunărene dintre cetăţenii unui stat care nu este parte interesanta in diferend si, in cazul in care preşedintele Comisiei este cetăţean al unui stat parte interesata in diferend, de către Comisia Dunăreana.

Hotărârea Comisiei de conciliere este definitivă si obligatorie pentru părţile interesate in diferend." Observăm că primul mijloc indicat de convenţie sunt negocierile directe iar ca măsură alternativă în caz de eşec concilierea . Nu se face referire la justiţia internaţională lucru explicabil datorită mentalităţilor epocii conform cărora mijloacele diplomatice sunt prioritare.

O altă convenţie multilaterală care completează regimul de soluţionare al diferendelor este Convenţia privind cooperarea pentru protecţia si utilizarea durabilă a fluviului Dunărea semnată la Sofia în 1994 şi intrată în vigoare în 1998[6]. Soluţionarea diferendelor este reglementată de art.24 **.** Conform alin.1 în cazul unui diferend între două sau mai multe părţi contractante, cu privire la interpretarea sau aplicarea acestei convenţii, părţile in cauza vor căuta o soluţionare prin negociere sau prin orice alte mijloace de soluţionare a diferendului, acceptabile lor, daca este cazul, cu asistenţa Comisiei internaţionale. Şi această convenţie modernă acordă prioritate negocierilor ca metodă de rezolvare a diferendelor însă recunoaşte şi rolul organismelor de cooperare – cum este Comisia Internaţională a Dunării important forum de colaborare, schimb de informaţii dar şi asistenţă a părţilor.

Alineatul 2 al aceluiaşi articol ne arată că în cazul nesoluţionării diferendului conform celor indicate la alin.1 diferendul va fi supus pentru reglementare obligatorie fie C.I.J fi arbitrajului care se va desfăşura în conformitate cu procedura stabilită în anexa numărul V a convenţiei. Tot în acest alineat mai sunt introduse două condiţii. Una se referă la faptul că rezolvarea prin negocieri sau alte metode convenite de părţi trebuie să se facă într-un termen rezonabil dar nu mai mare de 12 luni. O a doua se referă la notificarea cu privire la existenţa diferendului ce trebuie făcută Comisiei Internaţionale înainte de a apela la justiţia internaţională. La litera b a alineatului 2 al art. 24 convenţia creează posibilitatea pentru un stat de a opta în ceea ce priveşte rezolvarea unui diferend nesoluţionat în conformitate cu alin 1 al art. 24 pentru una sau ambele modalităţi indicate la lit. a alin 2 art. 24 (adică C.I.J sau arbitraj) însă acest lucru trebuie declarat în scris depozitarului fie la momentul când devine parte la convenţie , fie oricând după aceea. Dacă părţile la diferend optează pentru ambele modalităţi indicate la lit. a diferendul va fi supus C.I.J cu excepţia unui acord contrar al

[5] Ratificată de România prin Decretul Nr. 298 din 30 octombrie 1948 publicat în Monitorul Oficial NR. 253 din 30 octombrie 1948.

[6] România a ratificat convenţia prin Legea Nr. 14 din 24 februarie 1995 publicată în M.Of. nr. 41/27 feb. 1995.

părţilor. Conform lit. d alin 2 art. 24 dacă părţile nu acceptă aceleaşi modalităţi de soluţionare menţionate la lit. a diferendul va fi supus arbitrajului. Dacă un stat nu face declaraţia menţionată de lit. b alin.2 art. 24 sau ea nu mai este valabilă se consideră că partea a acceptat arbitrajul.

Convenţia pune accent pe rolul Comisiei internaţionale ca şi for de prevenire al diferendelor. Spre exemplu art. 4 lit. a arată că, în cadrul Comisiei internaţionale se vor desfăşura consultări si activităţi comune, in conformitate cu prevederile acestei convenţii. De asemenea conform art. 11 consultările se desfăşoară, de regula, in cadrul Comisiei internaţionale, in vederea soluţionării unei probleme.

În opinia noastră şi Conferinţa Părţilor poate juca un rol important în prevenirea dar şi soluţionarea diferendelor legate de regimul fluviului, oferind un cadru de dialog, consultare. Astfel potrivit art. 22 la întrunirile Conferinţei Părţilor, părţile contractante vor trece in revista probleme politice rezultând din aplicarea acestei convenţii, pe baza raportului Comisiei internaţionale, si vor adopta recomandări si hotărâri adecvate. Conform art. 22 pct. 4 hotărârile se va încerca să fie luate cu unanimitate iar dacă nu este posibil cu majoritate de patru cincimi dintre părţile contractante prezente si care votează.

Regimul juridic al Dunării se completează şi cu acordurile bilaterale încheiate între riverani. Astfel există numeroase acorduri bilaterale care accentuează rolul comisiilor tehnice dar şi al mijloacelor diplomatice în rezolvarea diferendelor referitoare la fluviu. De exemplu Acordul din 28 iunie 2010[7] (Acordul din 2010) între Guvernul României si Guvernul Republicii Moldova privind cooperarea pentru protecţia si utilizarea durabilă a apelor Prutului si Dunării prevede în art. 18 că eventualele diferende privind aplicarea sau interpretarea prezentului acord se vor soluţiona in cadrul Comisiei hidrotehnice. Comisia hidrotehnică se înfiinţează pentru asigurarea cooperării in conformitate cu prevederile acordului. În situaţia în care diferendul nu se poate rezolva în cadrul comisiei se recurge la mecanismul stabilit de Convenţia de la Sofia.

Reglementări similare regăsim şi cazul Acordului între Guvernul României si Guvernul Republicii Ungare privind cooperarea pentru protecţia si utilizarea durabilă a apelor de frontiera[8] în art. 18 conform căruia: „#1.Eventualele diferenţe apărute în cadrul aplicării sau interpretării prezentului acord se soluţionează în cadrul Comisiei. #2.În situaţia în care diferendul nu este soluţionat potrivit dispoziţiilor paragrafului 1, părţile contractante vor proceda conform celor cuprinse în Convenţia de la Sofia."

Comisia la care face referire art.18 este Comisia hidrotehnică româno-ungară care se înfiinţează conform art. 10 alin. 1 pentru asigurarea colaborării, în conformitate cu prevederile acordului. Această comisie, ca şi cea din Acordul cu Republica Moldova, are atribuţii de natură tehnică dar în caz de litigii oferă cadrul necesar rezolvării diferendelor.

În cazul Acordului dintre Guvernul României şi Guvernul Ucrainei privind cooperarea în domeniul gospodăririi apelor de frontiera[9] s-a optat pentru instituţia împuterniciţilor în loc de înfiinţarea unei comisii. Astfel conform art.16 fiecare parte numeşte câte un împuternicit guvernamental în problemele cooperării în domeniul gospodăririi apelor de frontieră, şi pe locţiitorii acestuia şi informează pe cale diplomatica cealaltă parte despre aceasta. Pentru examinarea problemelor care se reglementează prin prevederile acestui acord, împuterniciţii convoacă o data pe an sesiuni, iar în caz de necesitate, se pot înţelege asupra ţinerii de sesiuni extraordinare. Împuterniciţii şi locţiitorii lor realizează soluţionarea practică a problemelor legate de îndeplinirea prevederilor acestui acord şi a hotărârilor sesiunilor.

[7] Publicat în Monitorul Oficial 756 din 12 noiembrie 2010.
[8] Ratificat prin Hotărârea de Guvern nr. 577 din 15 aprilie 2004, publicată în M.Of. nr. 400/5 mai. 2004.
[9] Ratificat de România prin Legea nr.16 din 11 ianuarie 1999 , publicată în M.Of. nr. 13/19 ian. 1999.

Împuterniciţii ţin legătura directa intre ei, iar în caz de necesitate, au dreptul de a crea grupe de lucru, de a atrage experţi şi de a organiza întâlniri pentru examinarea problemelor în curs.

Diferendele apărute în cursul aplicării sau interpretării acordului şi a condiţiilor sau a altor acte executive în legătura cu acesta, care nu se soluţionează prin negocieri directe sau pe cale diplomatica, precum şi în cazurile în care nu este posibilă găsirea altor metode, vor fi soluţionate de către organele competente ale părţilor**.**

3.Concluzii

Mecanismul de soluţionare al diferendelor privind fluviul Dunărea se poate caracteriza ca îmbinând mijloacele politico-diplomatice cu cele jurisdicţionale, prioritare fiind negocierile diplomatice, fie directe, fie prin intermediul Comisiei Internaţionale a Dunării, for ce joacă un important rol pentru prevenirea diferendelor, asigurând un cadru adecvat de dialog şi schimb de informaţii. Se remarcă, reglementarea atipică a concilierii în cadrul Convenţiei de la Belgrad din 1948, în cazul căreia hotărârea organului de conciliere este definitivă şi obligatorie.

Bibliografie:

1. Duţu Mircea, *Tratat de dreptul mediului,* Ed.C.H.Beck, ed.a 3-a, Bucureşti, 2007,

2. Duţu Mircea, *Dosarul Bâstroe. O expunere a situaţiei de fapt şi a stării de drept*, disponibil pe site ul http// www.environmental-law.ro/evenimente/Canal%20**Bastroe**-rom.DN.pdf.

3.Fuerea Augustin, *Manualul Uniunii Europene*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011,

4. Fürst Heiko, *The Hungarian-Slovakian Conflict over the Gabcikovo-Nagymaros Dams: An*
Analysis, Institute for Peace Research and Security Policy University of Hamburg, Germany, disponibil la adresa http/ece.columbia.edu/files/ece/images/furst3.pdf .

5. Romano Cesare, *"Case C-459/03 Commission v. Ireland",* American Journal of International Law, Vol. 101, 2007.

ASSESSED RISK AND CRIMINAL GUILT. A BIOETHICAL APPROACH

Laura Stănilă, Postdoc Researcher, POSDRU ID 133255, PhD, West University of Timişoara

Abstract: The reaction of our society against any harmful acts is a necessity dictated by the need to safeguard the social order, the fundamental values protected by the Rule of Law. New medical technologies, particularly those in the human reproductive field generated and still generate fierce controversy in the society, and, despite a strong current that insists on regulation by non criminal rules, national legislation of modern states abound in criminal rules, certain human behavior that may occur in biomedical techniques and practices being criminalized. Among the bioethics principles which form the basis of rational incrimination in biomedical sciences field, stands the precautionary principle whose ambiguity of the content and substrate was both blamed and praised. Thus, if a certain human activity is risky or potentially harmful, and there is no certainty about the magnitude of its effects or causality, then a proactive action is needed in order to avoid injury.
Among the elements of the precautionary principle, the potential harm / injury / assessed risk is testing criminal doctrine regarding its compatibility with certain types of criminal guilt, such as recklessness or negligence. These forms of guilt involve risk issue - assumed or unassumed -, question the issue of individual evaluation criteria regarding the potentiality of producing harmful results and challenge our fundamental logic.
The paper involved the use of both the analytical and comparative method. We also analyze the incrimination texts of Law 95/2006 on healthcare reform as well as Italian and French legislation governing assisted human reproduction problem. We do not intend an exhaustion of the subject - would not be possible in a frame so small – but we want to tackle the issue of criminal guilt from a novel perspective with elements of philosophy of criminal law and bioethics.

Keywords: precautionary principle, assesed risk, criminal guilt, recklessness, neglicence.

I.Răspunderea penală și bioetica – confruntarea secolului

Bioetica sau morala vieții (din gr. *bios – viață* și *ethos - etică*) s-a născut dintr-o necesitate firească a omului de a fi tratat ca persoană și nu ca simplu obiect. Rapida dezvoltare înregistrată în ultimele decenii în domeniile biologiei şi medicinei ridică probleme importante în ceea ce privește necesitatea respectării fiinţei umane, deopotrivă ca individ, cât şi în apartenenţa sa la specia umană. Actele medicale efectuate atât în activitatea de cercetare cât și în ceea ce privește activitatea curativă trebuie subsumate unui deziderat: necesitatea respectării demnității ființei umane. Din dorința de a descoperi noi tratamente sau doar din pură curiozitate, biologia și medicina pot deveni instrumente care, printr-o folosire improprie, să pună în pericol demnitatea umană. La nivel mondial s-a recunoscut faptul că progresele biologiei şi medicinei trebuie utilizate în beneficiul generaţiilor prezente şi viitoare, existând diferite forme de cooperare internaţională orientate către circumscrierea unor limite în cercetare și intervenție asupra ființei umane. Aceste limite general acceptate privesc garantarea demnităţii fiinţei umane privită ca valoare socială supremă precum și a drepturilor şi libertăţilor fundamentale ale persoanei.

Progresele ştiinţifice recente şi tot mai accelerate în domeniul biologiei şi medicinei - care, în urmă cu nici 40 de ani erau socotite simple subiecte de romane SF – au conturat un nou domeniu de cercetare ştiinţifică sociologică şi juridică şi anume Bioetica. Câmpul de acţiune al bioeticii cuprinde problematica începutului şi sfârşitului vieţii (avortul, eutanasia, sinuciderea asistată, reproducerea asistată), manipularea genetică, diagnosticul prenatal, clonarea, terapia cu celule stem, dizabilităţile fizice şi psihice, experienţele pe oameni, transsexualitatea etc. Bioetica preia o serie de elemente şi de principii din biologie şi medicină, din deontologia medicală, dar şi din alte discipline şi domenii de activitate cum ar fi: filosofia, sociologia, psihologia, dreptul şi, pe baza acestora, clarifică deciziile şi alegerile posibile din punct de vedere tehnic, în biologie, genetică şi medicină.

Bioetica nu se preocupă doar de prescrierea regulilor deontologice după care trebuie judecate problemele ridicate mai sus, ci bazându-se pe principiile puse la dispoziţie de alte discipline, de tradiţia culturală şi de contextul socio-cultural, ea a devenit o disciplina normativă, în sensul că se pronunţă asupra calităţii obiectivelor ei, a eficienţei şi perspectivelor lor pentru viaţă şi promovarea acesteia.

Reproducerea umană asistată, transplantul de organe, studiile clinice pe subiecţi umani, calitatea actului medical, respectarea consimţământului pacientului, a confidenţialităţii, a principiului justiţiei şi a egalităţii de şanse pentru orice cetăţean român de a accede la servicii medicale etc. sunt câteva dintre activităţile medicale care au nevoie de stabilirea unor limite impuse de bioetică.

Pe terenul mlăştinos, dar extrem de fertil al bioeticii, răspunderea penală pluteşte în derivă. Parafrazându-l pe Sartre care spunea *"la responsabilité est la simple revendication logique des conséquences de notre liberté",* am arătat cu o altă ocazie[1] că răspunderea penală reprezintă proiecţia liberului arbitru în planul consecinţelor juridice pe care legea penală le leagă de un anumit comportament. Răspunderea presupune ca persoana în cauză să fi avut liber arbitru, adică, pe de o parte capacitatea de a înţelege natura şi semnificaţia actelor sale, iar pe de altă parte capacitatea de a alege între săvârşirea mai multor acte posibile. Cea mai gravă formă de răspundere juridică o reprezintă răspunderea penală. Aceasta poate fi angajată doar în cazul în care, printr-o conduită anume, o persoană periclitează sau lezează valori sociale fundamentale ale societăţii, pentru a căror ocrotire legiuitorul a ales calea incriminării. Însă răspunderea penală nu se angajează decât în cazul comiterii unor infracţiuni – fapte incriminate de legiuitor, conform nevoilor societăţii într-o epocă şi zonă geografică dată, sub sancţiune penală. Iar fundamentul incriminării trebuie să îl constituie nevoia salvgardării ordinii sociale şi a valorilor fundamentale protejate de normele de drept.

Într-un alt context[2] am arătat că intervenţia legiuitorului prin mijloace de drept penal în câmpul de desfăşurare al bioeticii este o chestiune delicată şi extrem de discutată la ora actuală. Cele două curente care îşi dispută supremaţia în protejarea eficientă a valorilor sociale identificate în câmpul de activitate al bioeticii neagă şi, respectiv aplaudă procedeul incriminării. În primul front[3] s-a arătat că activităţi specifice din domeniul ştiinţelor biomedicale – reproducere umană asistată, clonare, avort, euthanasie, etc - ar trebui exceptate

[1] L. Stănilă, *Răspunderea penală a persoanei fizice,* Editura Hamangiu, Bucureşti 2012, p. 610.
[2] L. Stănilă, *Provocările bioeticii. Reconfigurarea unor valori fundamentale şi necesitatea protejării lor prin mijloace de drept penal*, lucrare prezentată la Conferinţa internaţională "Reformele privind consolidarea statului de drept în ţările europene", Sibiu, 5-6 iunie 2014, în curs de publicare.
[3] T. Caulfield, L. Knowles, E.M. Meslin, *Law and Policy in the Era of Reproductive Genetics*, în Journal of Medical Ethics, vol. 30, 2004, disponibil online la http://jme.bmj.com/content/30/4/414.full?sid=c32779f1-8a54-4b71-b944-a5771774cd9e (accesat la 2.07.2014). În acelaşi sens: A. Huidu, *Reproducerea umană medical asistată. Etica incriminării versus etica biologică. Studiu de drept comparat*, Editura Lumen, Iaşi, 2010, p. 125-128.

de la protecția statală prin mijloace de drept penal, întrucât caracterul excesiv de sever, inflexibil și riguros al dreptului penal nu este compatibil cu caracterul rapid, fertil și surprinzător al progresului științific. [4] De aceea, o reglementare extrapenală răspunde atât dezideratului eficienței protecției valorilor sociale din domeniul bioeticii cât și al bunului simț, întrucât rezultatul final al unor cercetări este departe de a fi aflat, o interzicere sub sancțiune penală a acelei activități fiind inutilă și injustă. Nu putem pedepsi necunoscutul, nu-i așa? Susținătorii celui de-al doilea front pleacă de la ideea că evitarea sau lipsa incriminării transmite un mesaj de tolerare și încurajare a unor astfel de comportamente. Incriminarea unui comportament constituie indiciul suprem că genul respectiv de conduită umană prezintă o importanță deosebită pentru societate, o reglementare penală putând fi la fel de flexibilă ca una extrapenală, fără a constitui o piedică în calea progresului științific.[5]

În ciuda eforturilor doctrinei de a găsi un numitor comun care să reconcilieze cele două tabere beligerante, legislațiile naționale ale statelor cuprind incriminări ale unor activități specifice științelor biomedicale, norme de incriminare care au fost adoptate în perioada semnării Convenției de la Oviedo din 1997[6]. Prin urmare, temeiul răspunderii penale, cel puțin la nivel abstract, ca faptă descrisă în norma de incriminare există, inclusiv în legislația română, Legea nr. 95/2006[7] privind reforma în domeniul sănătății prevăzând nu mai puțin de 6 infracțiuni la care se adaugă normele de inciminare din codul penal a faptelor de ucidere la cererea victimei, întreruperea cursului sarcinii sau vătămarea fătului.

Însă angajarea răspunderii penale a unei persoane nu presupune doar actul fizic al comiterii faptei descrise în norma de incriminare (fapta tipică) ci și îndeplinirea altor condiții[8] între care condiția comiterii faptei cu vinovăție prezintă cel mai înalt grad de dificultate în încercarea de conciliere cu problemele bioeticii.

Am denumit acest prim segment al studiului *Răspunderea penală și bioetica – confruntarea secolului* fără a încerca să atribuim un dramatism exagerat punerii problemei, întrucât dramatismul confruntării este inerent și facil de perceput: este dramatic modul în care se discută încă pe marginea delimitării faptelor ce se comit în domeniul științelor biomedicale pentru care ar trebui să intervină răspunderea penală; este dramatic modul în care se analizează valorile sociale care constituie obiect de preocupare pentru bioetică, din perspectiva dreptului penal; este dramatic modul în care se încearcă o fundamentare a răspunderii penale subiective în acest domeniu, deși ideea de bază ce transcende toate disputele bioetice o reprezintă *riscul* – element specific răspunderii delictuale obiective și a răspunderii penale obiective (*strict liability*) din sistemul common-law. Asupra acestor elemente ne vom apleca în cele ce urmează.

---

[4] Ibidem.

[5] L. Stănilă, op.cit.

[6] *Convenția de la Oviedo – Convenția privind drepturile omului și biomedicina*, semnată la Oviedo la 4 aprilie 1997 și *Protocolul adițional la Convenția europeană pentru protecția drepturilor omului și a demnității ființei umane față de aplicațiile biologiei și medicinei, referitor la interzicerea clonării ființelor umane*, semnat la Paris la 12 ianuarie 1998, ambele ratificate de România prin Legea nr. 17/2001 publicată în Monitorul oficial al României nr. 103/28 februarie 2001, partea I.

[7] Publicată în Monitorul oficial nr. 372 din 28 aprilie 2006, partea I, modificată succesiv. Ultima modificare a fost făcută prin Legea nr. 113/2014 pentru aprobarea OUG nr. 35/2012 pentru modificarea și completarea unor acte normative din domeniul sanitar, publicată în Monitorul oficial nr. 530 din 16 iulie 2014, partea I.

[8] Răspunderea penală presupune îndeplinirea de către o persoană a următoarele condiții: săvârșirea faptei prevăzute de legea penală, caracterul infracțional al faptei săvârșite, participarea la săvârșirea infracțiunii în calitate de autor, instigator sau complice, capacitatea juridică penală, neintervenirea vreuneia din cauzele care înlătură răspundere penală, precum inexistența vreunui caz de imunitate penală sau procedurală. A se vedea V.Pașca, R.Mancaș, *Drept penal. Parte generală,* Ed. Universitas Timisiensis, Timișoara, 2002, p.417-418.

II. Obsesia riscului și teoretizarea răspunderii penale

2.1.Teorii și paradigme

Riscul a fost definit ca un pericol posibil sau posibilitatea de a ajunge într-o primejdie, de a avea de înfruntat un necaz sau de suporta o consecință (din fr. *risque*)[9]. Privind dincolo de definiția de dicționar, riscul reprezintă o constantă a acțiunilor umane constrânse a se desfășura într-un cadru reglementat, normat, în care membrii societății au renunțat la o parte a libertății lor individuale pentru a beneficia de protecția statală (așa cum statuează teoria contractualistă a lui J.J. Rousseau). Dacă ar fi să poziționăm riscul în sfera relațiilor și raporturilor sociale, am alege punctul de convergență între imputare și asumare. Atunci când aleg între a acționa în contra sau conform comendamentului normei penale, oameni *își asumă* consecințele posibile ale activității întreprinse. În sens invers, societatea, în cazul constatării unor conduite umane neconforme cu comandamentul normelor penale în vigoare, va imputa persoanei faptul cu rezonanță negativă pe care aceasta l-a comis prin voința sa liberă. Verbul *a imputa* (din fr. *imputer,* lat. *imputare*) înseamnă a reproșa, a atribui cuiva fapte, atitudini, gesturi nepotrivite, condamnabile; a face pe cineva răspunzător de o pagubă (...), obligându-l la despăgubiri[10]" sau a pune în sarcina cuiva un fapt (act, atitudine), considerându-l drept cauză fizică și morală a acelui fapt".[11]

Noţiunea de *risc,* are o profundă relevanţă pentru *fundamentul răspunderii* în general şi al *răspunderii civile delictuale* în special, care, după cum este bine ştiut, se întemeiază pe ideea de *culpă, greşeală* sau *vinovăţie*.[12] Dezvoltarea economică, industrială mai ales, în ritm accelerat de la sfârşitul secolului al XVIII-lea şi începutul secolului al XIX-lea, cuprinzând şi antrenând noi şi noi domenii, a creat situaţii tot mai diverse care au fost sursa unei vaste jurisprudenţe şi totodată spaţiul social pe terenul căruia s-au verificat veridicitatea şi valabilitatea teoriilor elaborate sau în curs de a fi elaborate în legătură cu fundamentul răspunderii. Schema teoretică a angajării răspunderii civile pe temeiul culpei s-a dovedit a fi atât insuficientă, cât şi obstinat nesatisfăcătoare, căutându-se noi teorii prin care să se explice răspunderea, cel puţin pe un alt temei decât culpa. Aceste teorii alternative culpei au fost: *teoria răspunderii obiective* şi *teoria mixtă*.

Un autor remarca faptul că ritmul accelerat de dezvoltare economică, rezultatele revoluţiei industriale concretizate în noi mecanisme, maşini, capacităţi de producţie tot mai complexe, instalaţii etc., au făcut ca viaţa şi munca să devină tot mai complex şi greu de conciliat cu grija şi prudenţa necesară pentru a evita accidentele şi primejdiile deosebite ce puteau surveni dintr-o atare activitate[13]. În aceste condiţii, concepţia potrivit căreia răspunderea poate fi angajată numai în măsura existenţei culpei dovedite sau prezumate începe să fie neutralizată treptat, cel puţin în anumite cazuri, de inconvenientele şi dificultăţile sale practice, deoarece decelarea unei atitudini psihice contrare normelor juridice este, în multe situaţii, aproape imposibilă[14]. De asemenea, prezumarea persoanei răspunzătoare a fi în culpă este, adesea, contrar realităţii, profund nedreaptă şi excesiv de formală. Astfel s-a născut teoria sau concepţia răspunderii obiective care, în diferite variante, bineînţeles, se fundamentează pe alte temeiuri decât cel subiectiv. Teoria răspunderii obiective a fost formulată şi argumentată pentru prima dată în dreptul modern de doctrina germană, însă

[9] DEX 1998.
[10] DEX 1998.
[11] V.Dongoroz, *Drept penal (Reeditarea ediție din 1939)*, Asociația Română de Științe Penale, București 2000, p. 335.
[12] Alexandru Mariţ, *Riscul întemeiat şi caracterul penal al faptei în legislaţia Republicii Moldova,* on line la http://www.history-cluj.ro/SU/anuare/2008/Continut/art21Marit.PDF.
[13] Alexandru Mariţ, *Op.cit.*, p.362.
[14] *Ibidem.*

temeiurile propuse pentru fundamentarea sa sunt diverse: cauzalitatea, garanția, riscul, interesul activ și interesul preponderent.

Teoria riscului a avut cea mai largă audienţă în cercurile ştiinţifice. În formularea ei s-a pornit de la caracterul periculos al unor acte potenţial cauzatoare de prejudicii. În opinia creatorului ei, pot fi considerate periculoase acele acte care creează un risc, riscul producerii unor consecinţe păgubitoare pentru alţii. Faptele oamenilor sunt împărţite în două categorii distincte: *obişnuite* sau *cotidiene* şi *periculoas*e sau *creatoare de risc*. În ce priveşte faptele obişnuite, autorul poate fi făcut răspunzător numai în măsura în care consecinţele lor dăunătoare sunt o urmare a culpei; dimpotrivă, atunci când consecinţele dăunătoare sunt urmarea unor acte periculoase, creatoare de risc, răspunderea se antrenează *fără culpă,* pe temei obiectiv, nefiind necesară această condiţie. În literatura juridică franceză, teoria riscului a fost susţinută, independent de doctrina germană, încă de la sfârşitul secolului al XIX-lea. În baza acestei teorii, temeiul răspunderii civile constă în două componente: *principiul interesului activ*, potrivit căruia acela care desfăşoară o activitate în propriul său interes trebuie să suporte consecinţele dăunătoare pe care le antrenează, şi *principiul interesului preponderent*, care înseamnă a proporţionaliza răspunderea în mod echitabil, astfel încât victima să nu rămână prejudiciată, iar persoana răspunzşătoare să nu fie expusă riscului de a fi ruinată. Cel de al doilea principiu are rol moderator. Răspunderea civilă *nu ar fi de fapt o sancţiune, ci o reparare care are ca finalitate repunerea victimei în situaţia anterioară producerii prejudiciului*. Victima trebuie să fie despăgubită fără a mai fi necesară invocarea culpei persoanei răspunzătoare. Fundamentul răspunderii se afla în ideea de ***risc-profit***; este normal şi conform cu regulile morale ca acela care profită de o activitate să suporte, în schimb, sarcina reparării pagubelor care sunt consecinţele acelei activităţi. Aceasta, deoarece câştigul şi ***riscul*** trebuie să fie reunite în acelaşi patrimoniu. *Ubi emolumentum, ibi onus*.

Teoria riscului a fost restrânsă, la început, doar la sfera activităţilor lucrative. Totuşi ideea ***riscului profit***, relativă doar la activitatea întreprinderilor, este prea îngustă, lăsând la o parte alte acţiuni ale oamenilor. De aceea, s-a susţinut că ar fi vorba de *riscul creat*; termenul de profit apare, de această dată, într-o accepțiune mai largă, chiar atotcuprinzătoare. Profitul poate consta nu numai într-un *avantaj pecuniar, patrimonial*, ci chiar şi într-un *interes moral*. *Teoria riscului de activitate* este o variantă a teoriei riscului creat: acolo unde există autoritatea se află şi *riscul reparării pagubelor cauzate* prin activitatea celor subordonaţi.

Deşi inovativă şi puternic ancorată în realitatea social-economică a epocii în care a apărut, teoria riscului ce fundamenta o răspundere obiectivă nu s-a bucurat de susținere unanimă. Un autor arăta că *„răspunderea obiectivă, lipsită de semnificaţie morală, se lovea atât de litera codului, cât şi de exigenţele securităţii dinamice a drepturilor”*[15]. Totuşi, influența ***teoriei riscului*** a fost semnificativă, *ideea de risc fiind preluată şi în dreptul penal* de către Enrico Ferri[16].

De altfel, conceptul de *risc penal,* trebuie analizat în paralel cu conceptul de *culpabilitate penal*ă şi cu acela de *răspundere morală subiectivă* în opoziţie cu *răspunderea obiectivă, legală.*

Teoria riscului nu a fost acceptată fără rezerve nici în cazul răspunderii penale, fiind înlăturată în toate cazurile în care răspunderea penală se fundamentează pe *intenţie* sau pe *culpă*. S-a afirmat că teoria riscului trebuie recunoscută ca fiind aplicabilă în cazurile în care cineva este pedepsit pentru faptele săvârşite *fără intenţie* sau *dol,* şi, respectiv, *fără*

[15] M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei, Bucureşti, 1972, p. 23.
[16] Enrico Ferri, *Principii de drept criminal,* vol. II, Bucureşti, 1929**,** p. 238; *„L'uomo è responsabile sempre di ogni suo atto, soltanto perchè e finichè vive in società.”*

imprudenţă sau *culpă* ori *praeterintenţie*.[17]. Adică, propriu-zis, pentru asemenea fapte, *elementul moral ar consta în simpla săvârşire voluntară a faptului.* Voluntarietatea, spre deosebire de infracţiunile intenţionate (*doloase*) sau imprudente (*culpoase*), *presupune că, până la proba contrarie, tot ce este săvârşit este însoţit oricum de anumite procese psihice de vinovăţie.*

La polul opus se situează cei care susţin că *vinovăţia* sau *culpa* ar trebui să constituie temeiul responsabilităţii şi al pedepsei. De data aceasta, faptul sau *cauza juridică* a imprudenţei culpabile ar rezulta fie din *caracterul moral, deficitar* al autorului, fie din împrejurarea că individul sau contravenientul, trăind în societatea de la care primeşte atâtea avantaje, are datoria să se instruiască asupra datoriilor sociale, ca membru al societăţii, să cunoască regulile fixate pentru buna conveţuire în societate şi să se adapteze lor, iar, dacă nu o face, înseamnă că a *neglijat* a se instrui asupra lor[18]. Adică, această vină sau culpă este presupusă ca existând în mod absolut, pentru că ea nu trebuie nici dovedită şi nici combătută, fiind o prezumşie juris et de jure.

Există şi alte opinii care afirmă că răspunderea ar fi *neutră, adică străină elementului psihic*, baza ei juridică fiind *obiectivă şi legală,* în sensul că ea se naşte din obligaţiunea generală pe care o are individul de a se conforma, în viaţă, regulilor stabilite în societate, precum şi din faptul că atunci când nesocoteşte această datorie socială, generală şi obiectivă, el trebuie să sufere consecinţele acţiunii sale, independent de orice idee de dol, adică de intenţie sau imprudenţă. Aceste încălcări ale regulilor sociale ar fi *infracţiuni de fapt, infracţiuni pur materiale (factum pro dolo accipitur),* în care judecătorul are doar obligaţia să constate existenţa faptului, caracterul antijuridic penal al urmărilor produse, precum şi raportul de cauzalitate materială dintre autor şi fapta comisă şi, pe baza acestor constatări, să stabilească rărspunderea, fără a se preocupa de caracterul infractorului sau de faptul că autorul a neglijat a se informa asupra datoriilor sale sociale. Astfel autorul trebuie să răspundă, în toate cazurile şi orice s-ar întâmpla, să *rişte*[19].

În acest sens, o formulare juridică a teoriei privitoare la faptele apreciate ca fiind nici intenţionate şi nici imprudente a fost expusă de A. Rocco, ministrul italian al Justiției, cu ocazia dezbaterilor ce au avut loc în cadrul Comisiei Parlamentare asupra acestei chestiuni. Acesta a afirmat că, în cazul faptelor contravenţionale, fiecare trebuie să răspundă de acţiunea sau de omisiunea sa voluntară. Această regulă se aplică tuturor infracţiunilor, *cu deosebirea că, în cazul delictelor*, nu este suficient a se stabili dacă acţiunea sau inacţiunea este una conştientă şi voluntară, ci trebuie stabilit şi dacă rezultatul, dăunător sau periculos, a fost voit sau nu, prevăzut sau nu (în cazul când era previzibil sau nu), identificându-se astfel dacă este vorba despre dol sau intenţie ori culpă, deoarece aceste elemente nu au legătură cu acţiunea sau inacţiunea din a cărei cauză sau al cărei rezultat s-a produs. Legătura se impune odată cu rezultatul însuşi, care constituie efectul acţiunii sau al omisiunii, pe când, în cazul contravenţiilor, această a doua cercetare (referitoare la înţelegerea sau voinţa liberă sau previzibilitatea rezultatului) nu este necesară. Rezultă, potrivit opiniei citate, că în cazul contravenţiilor, constatarea voinţei nu poate fi diferită de aceea a delictelor, *în cazul contravenţiilor, fiind suficiente stabilirea conştiinţei şi voinţei acţiunii sau omisiunii, fără să mai fie nevoie de alte cercetări.*[20]

[17] N. T. Buzea, *Infracţiunea şi culpabilitatea*. *Doctrină, legislaţie, jurisprudenţă,* Alba Iulia, Tipografia Sabin-Solomon, 1944, p. 401.
[18] Alexandru Mariţ, *op.cit.,* p. 363.
[19] N. T. Buzea, *op.cit.*, p. 401.
[20] Alexandru Mariţ, *op.cit.,* p. 364

A vorbi despre *risc*, ca *izvor de răspundere penală*, pare un *non sens juridic*. Cu toate acestea, după cum s-a arătat, există cazuri în care autorul unui fapt penal este pedepsit, chiar dacă faptul comis nu este săvârşit nici cu intenţie (dol), nici din imprudenţă (culpă). În asemenea situaţii, răspunderea se naşte din ceea ce vechii doctrinarii numeau *casus.* În sens larg, *întâmplarea* sau *ideea de risc*, este mai familiară dreptului privat, aşa cum am aratătat anterior. *Riscul în dreptul privat* se poate prezenta sub două aspecte. Unul se referă la situaţia în care cel ce se obligă *îşi asumă răspunderea şi pentru cazuri străine de fapta lui*, cazuri care, fără o asemenea asumare, l-ar exonera de obligaţie. Al doilea se referă la situaţia în care *cineva răspunde de un fapt al său, fără ca să fie, sub vreo formă oarecare, legală şi explicită, vinovat*, şi deci, ţinut să răspundă.

În dreptul penal, interesează mai mult a doua variantă. Aşadar, *riscul* este elementul esențial pe care se fundamentează *răspunderea obiectivă* și care presupune angajarea răspunderii unei persoane în baza exclusivă a elementului obiectiv (comiterea acțiunii riscante), aspectele legate de elementul subiectiv neavând nicio relevanță. În dreptul penal, principiul răspunderii subiective este dominant, o persoană neputând răspunde penal decât dacă a acţionat cu vinovăţie, mai mult, cu forma de vinovăţie cerută de lege. S-a admis totuşi că o persoană poate răspunde penal şi „fără a fi vinovată", evident, fără o vină precisă şi dovedită. Această excepţie aceasta a fost inspirată de formula juridică a juriştilor romani, *neminem laedere potest* din care a derivat iniţial *teoria abuzului de drept*, iar apoi *teoria riscului.*

Unii autori evită formula „răspundere obiectivă" preferând-o pe cea de „răspundere penală fără vinovăţie"[21]. Se afirmă astfel că, doar în situaţii de excepţie, şi ca reziduuri ale formelor de răspundere arhaică, există în unele legislaţii şi o răspundere bazată exclusiv pe legătura de cauzalitate, adică o răspundere indiferentă de existenţa vreunei forme de vinovăţie.

2.2.Riscul în bioetică

În domeniul bioeticii riscul capătă valențe complexe, care exced segmentului economic, tehnic și industrial.

Bioetica, așa cum am văzut, se ocupă cu evaluarea fundamentului moral al practicilor, activităților și tehnologiilor din domeniul științelor biomedicale care au un potențial leziv pentru valori sociale reconfigurate și re-ierarhizate în societatea modernă: deși potrivit Convenției Europene a Drepturilor Omului și Libertăților Fundamentale în vârful ierarhiei valorilor sociale se află viața umană, în baza Convenției de la Oviedo și a celorlalte documente internaționale[22] care au aplicabilitate în domeniul bioeticii se situează demnitatea

[21]George Antoniu, *Vinovăţia penală,* Ed. Academiei Române, Bucureşti, 2002, Ediţia a doua, p. 197;

[22] *Convenţia pentru protecţia drepturilor omului şi a demnităţii fiinţei umane faţă de aplicaţiile biologiei şi medicinei* (Convenția privind drepturile omului și biomedicina, semnată la Oviedo, 4 aprilie 1997); *Protocolul din 12 ianuarie 1998 adiţional la Convenţia pentru protecţia drepturilor omului şi a demnităţii fiinţei umane faţă de aplicaţiile biologiei şi medicinei, referitor la interzicerea clonării fiinţelor umane* (adoptat de Consiliul Europei); *Rezoluţia Organizaţiei Naţiunilor Unite nr. 59-280 privind clonarea omului* (adoptată la 08 martie 2005); *Declaraţia Universală a Genomului Uman şi Drepturilor Omului* (adoptată de UNESCO); *Declaraţia Universală a Bioeticii şi Drepturilor Omului* (adoptată de UNESCO la 19 octombrie 2005); *Recomandarea Consiliului Europei nr. 1046/1986 cu privire la utilizarea embrionilor și fetușilor umani în scop diagnostic, terapeutic, științific, industrial și comercial; Recomandarea Consiliului Europei nr. 1100/1989 privind folosirea embrionilor și fetușilor umani în cercetările științifice; Recomandarea Consiliului Europei nr. R(90)13 privind screening-ul genetic prenatal, diagnosticul genetic prenatal și consilierea genetică din 21 iunie 1990; Recomandarea Consiliului Europei nr. 1512 din 2001 privind protecția genomului uman; Rezoluția Parlamentului European nr. A2-327/1988 privind problemele etice și legale ale ingineriei genetice; Rezoluția Parlamentului European nr. 1352/2003 privind cercetarea pe celule stem provenite de la om.*

umană, dreptul la autodeterminare, dreptul la unicitatea biologică și genetică, dreptul la bioediversitate, valori care tind să răstoarne ierarhia tradițional liberală. Riscul prin raportare la aceste neo-valori pune în lumină problema existenței și continuității *speciei umane*, nevoia salvgardării acestui deziderat fiind de fapt o datorie a generației actuale față de generațiile viitoare. Într-o abordare holistă, riscul periclitării continuității speciei umane apare ca risc general, suprem care include celelalte categorii de riscuri specifice – riscul degradării genomului uman, riscul creării de ființe umane cu potențial sporit de îmbolnăvire, riscul producerii morții unei persoane în cazul administrării unor substanțe sau tratamente cu privire la a căror beneficii nu există incertitudine științifică.

Prin urmare riscul în bioetică are o dublă valență:

a)riscul general care afectează însăși specia umană – element care este avut în vedere de legiuitor în momentul în care alege să incrimineze anumite activități din domeniul științelor biomedicale.

b)riscul specific care afectează valori sociale specifice și relațiile sociale create în jurul acestora și care reprezintă un element în evaluarea fiecărei infracțiuni în parte. În opinia noastră riscul specific reprezintă un element definitoriu pentru analiza elementul subiectiv necesar pentru existența infracțiunilor comise în domeniul științelor biomedicale. Riscul specific poate fi privit ca element abstract în conținutul legal al infracțiunilor (ex.traficul de celule, țesuturi și oragane are ca fundament potențialul vătămător al obținerii unui material biologic alterat) și ca element concret în cazul comiterii unei fapte tipice, element ce stă la baza evaluării individuale a agentului a atitudinii sale în raport cu conduita prohibită de lege sub sancțiune penală.

2.3.Principiul precauției – piatra filosofală a bioeticii

Domeniul bioeticii este guvernat de patru principii - principiul autonomiei, al nonmaleficienței, principiul beneficienței și principiul justiției sau al echității - însă un nou principiu, pe cât de vag, pe atât de complex și important transpare din toate documentele și acțiunile internaționale – principiul precauției. Plurivalența sa interpretativă, multiplele probleme teoretice și practice pe care le ridică, precum și aplicarea sa în toate domeniile vieții sociale reprezintă provocări serioase pentru doctrina de specialitate.

Principiul precauției poate fi analizat din perspectiva necesității și oportunității efectuării unui demers de cercetare științifică în domeniul biomedical sau al efectuării unei proceduri medicale sau biotehnologice ce ar putea afecta valori esențiale și inerente ființei umane – demnitatea, biodiversitatea, unicitatea genetică, etc.; de asemenea principiul precauției poate fi analizat din perspectiva necesității și a oportunității incriminării unor demersuri și practici medicale considerate noi, revoluționare, însă nesigure/riscante - avortul selectiv, reproducerea umană asistată, clonarea, transplantul de organe, recoltarea și transplantul celulelor stem, euthanasia și suicidul asistat medical etc. Nu în ultimul rând prinipiul precauției poate fi analizat din perspectiva condiției subiective a răspunderii penale, în relație cu care capătă valențe noi.

Invocată de Platon[23], dar și de Aristotel, prudența sau precauția este una dintre cele mai vechi virtuți ale gândirii morale occidentale, alături de curaj, cumpătare și dreptate. Ea reprezintă acea calitate pe baza careia decidem ceea ce este bun sau rău și astfel acționăm cum se cuvine în prezența unei situații de incertitudine, risc, întamplare, necunoscut. Principiul precauției este cuprins în adagiul roman[24] *Neminem laedere,* acesta exprimând obligația

[23] Republica, IV, http://www.constitution.org/pla/repub_04.htm (accesat la 20 iulie 2014).

[24] Forma completă a adagiului roman exprima virtuțile și principiile societății romane, Ulpian reușind să le cristalizeze astfel: *Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, neminem (alterum non) laedere, suum cuique*

fiecărui membru al societății ca, prin acțiunile sale proprii, să nu îi vatăme pe ceilalți. Principiul precauției, deși este considerat ca fiind un principiu fundamental al bioeticii, este extrem de greu de definit, constând în obligația generală de a prevedea finalitatea unei activități umane, de a evita, prin intermediul unei evaluări prealabile acele activități umane cu potențial vătămător. Prin urmare cricumscrierea sferei noțiunii de precauție în bioetică echivalează cu sarcina descoperirii pietrei filosofale. Pentru a ușura sarcina

2.4.Riscul și precauția – elemente cheie în teoria răspunderii penale

Pentru a ușura sarcina realizării unei corelații între risc și precauției, se impune să identificăm elementele principiului precauției, astfel cum reies din documentele internaționale sau din legislația națională. Acestea sunt: *RISCUL/*răul potențial/vătămarea; incertitudinea științifică referitoare la impactul și cauzalitatea unei anumite proceduri; răspunsul/acțiunea precaut(ă)[25]. Astfel, dacă o activitate umană prezintă un risc sau potențial vătămător, și dacă nu există certitudine cu privire la magnitudinea urmărilor sale sau a cauzalității, atunci este nevoie de o acțiune anticipativă care are rolul de a evita vătămarea[26].

a)RISCUL/Răul/vătămarea potențială. Primul element se referă la faptul că orice ripostă este potrivită și justificată atunci când există dovezi credibile că o anumită tehnologie sau activitate pot fi vătămătoare, chiar dacă natura acelei vătămări nu este cunoscută în totalitate. Acest lucru înseamnă că cei implicați în procesul decizional trebuie să ia în considerare hazardul, adică orice urmare care poate fi identificată sau este plauzibil să se producă, în baza experienței, a cunoașterii sau a ceea ce poate fi prevăzut cu certitudine.

b)Incertitudinea științifică se reflectă în necunoașterea cu acuratețe a consecințelor finale ale activității/procedurii/tehnicii aplicate concretizată din punct de vedere statistic în prezența uneia sau mai multor variabile necunoscute.

c)Acțiunea precaută se concretizează în reacția societății în general sau a unei persoane în special, și are ca scop evitarea producerii riscului/vătămării. Evident, această reacție se concretizează într-o conduită umană cu caracter anticipativ a cărei declanșare depinde de evaluarea individuală sau colectivă a riscului potențial. Dar pentru a preântâmpina angajarea răspunderii penale în cazul adoptării unei astfel de conduite, persoana trebuie să aibă obligația de a întreprinde anumite măsuri, iar în al doilea rând acestea trebuie să fie suficiente pentru a preîntâmpina producerea riscului.

Prin urmare riscul și precauția sunt elemente preexitente ale răspunderii penale în cazul comiterii de infracțiuni în domeniul științelor biomedicale sau al altor activități tangente cu câmpul de preocupare al bioeticii.

III. Riscul și răspunderea penală subiectivă

3.1.Dogma răspunderii penale subiective

Răspunderea penală subiectivă, fundamentată pe conceptul vinovăției ca atitudine psihică a autorului față de fapta săvârșită și față de rezultatul negativ produs, constituie

tribuere. A se vedea: Friedrich Carl von Savigny, *System of the Modern Roman Law*, traducere din germană de William Holloway, Vol. I, Madras: J.Higginbotham Publisher, 1867, p.332, disponibil online la www.books.google.ro (accesat la 28 august 2014).

[25] L. Stănilă, *Principiul precauției și etica incriminării. O abordare bioetică*, lucrare prezentată la Conferința *Joint International Conference of Doctoral and Post-Doctoral Researchers* organizată de Universitatea din Craiova în perioada 12-13 septembrie 2014.

[26] C. Raffensberger and J. Tickner, *Introduction: to foresee and forestall*, în Raffensberger, Tickner, eds., *Protecting Public Health and the Environment: Implementing the Precautionary Principle*, Washington 1999, D.C.: Island Press, p. 1–11 .

temeiul dreptului penal modern.[27] Vinovăția reprezintă sinteza proceselor cognitive și volitive care au loc în psihicul infractorului, indicând o anumită concepție a acestuia raportată la valorile sociale lezate sau periclitate prin comiterea faptei. Școala clasică de drept penal a consolidat poziția vinovăției ca fundament al imputabilității faptei infracționale, iar de atunci și până în prezent acest element își păstrează poziția centrală în teoriile represiunii penale. Vinovăția a fost în trecut ridicată la rangul de dogmă și își păstrează aceeași poziție și în teoria dreptului penal modern.

3.2.Formele de vinovăție și noțiunea de risc

Ca element al infracțiunii, vinovăția, reprezintă o generalizare a ansamblului de componente similare ale infracțiunilor concrete, iar în această din urmă calitate este rezultatul parcurgerii anumitor etape până la constituirea ca vinovăție a unei infracțiuni concrete: procesul psihic real, modelul legal, confruntarea cu cerințele referitoare la vinovăție din modelul legal, consecința acestei confruntări (întrunirea în procesul psihic real a cerințelor legale cu privire la procesul psihic cerut pentru fapta incriminată).[28]

Ca element al laturii subiective a infracțiunii, constând în totalitatea proceselor psihice care preced și însoțesc acțiunea sau inacțiunea prin care se realizează latura materială a infracțiunii.

Activitatea fizică ce constituie elementul material al laturii obiective se realizează prin ”efortul, contribuția sau inerția energiei fizice a omului”[29]. La rândul său energia fizică umană este declanșată și canalizată într-o anumită direcție prin intermediul energiei psihice, care însoțește orice manifestare umană. Pentru existența concretă a unei infracțiuni, nu este suficient să se stabilească existența activității care a produs răul ce a determinat intervenția legii penale, ci trebuie să se mai stabilească și că cel care a efectuat acea activitate este vinovat (culpabil).[30]

Codul penal, în ilustrarea teoriei reprezentării ca fundament al elementului subiectiv al infracțiunii consacră explicit trei forme ale vinovăției, statuând în cuprinsul art. 16 – *Vinovăţia* următoarele:

(1)Fapta constituie infracţiune numai dacă a fost săvârşită cu forma de vinovăţie cerută de legea penală.

(2)Vinovăţie există când fapta este comisă cu intenţie, din culpă sau cu intenţie depăşită.

(3)Fapta este săvârşită cu intenţie când făptuitorul:

a)prevede rezultatul faptei sale, urmărind producerea lui prin săvârşirea acelei fapte;

b)prevede rezultatul faptei sale şi, deşi nu-l urmăreşte, acceptă posibilitatea producerii lui.

(4)Fapta este săvârşită din culpă, când făptuitorul:

a)prevede rezultatul faptei sale, dar nu-l acceptă, socotind fără temei că el nu se va produce;

b)nu prevede rezultatul faptei sale, deşi trebuia şi putea să îl prevadă.

(5)Există intenţie depăşită când fapta constând într-o acţiune sau inacţiune intenţionată produce un rezultat mai grav, care se datorează culpei făptuitorului.

I.Intenția. Potrivit art. 16 al. 1 C.pen., fapta este săvârșită cu intenție când infractorul prevede rezultatul faptei sale, urmărind producerea lui prin săvârșirea acelei fapte sau, deși

[27] V.Paşca, R.Mancaş, *Drept penal. Parte generală,* Ed. Universitas Timisiensis, Timişoara, 2002, p.412.
[28] G.Antoniu, *Op.cit. (Vinovăția...),* p.114.
[29] V.Dongoroz, *Op.cit. (Drept penal 1939...),* p.187.
[30] *Idem,* p.187.

nu-l urmăreşte, acceptă posibilitatea producerii lui. Intenţia, din punct de vedere etimologic, exprimă direcţia orientării voinţei în vederea atingerii unui scop (*in tendere*).[31] Intenţia reprezintă în acelaşi timp forma originară, fundamentală, comună şi cea mai gravă a vinovăţiei.[32] Factorul intelectiv al intenţiei este denumit de către legiuitorul român *prevedere*, adică reprezentarea mintală. Însă, potrivit textului art. 16, prevederea se referă doar la rezultatul faptei, în vreme ce factorul intelectiv implică cunoaşterea de către făptuitor a tuturor elementelor care alcătuiesc latura obiectivă a infracţiunii (acţiune/inacţiune, rezultat, raport de cauzalitate, alte cerinţe obiective de incriminare).[33] Prin urmare factorul intelectiv implică o cunoaştere de către făptuitor atât a condiţiilor în care acţionează, cât şi a celor viitoare, inclusiv a modului cum va evolua acţiunea până la momentul producerii rezultatului.

Prin urmare factorul intelectiv al intenţiei în general implică o cunoaştere de către agent a tuturor aspectelor ce ţin de acţiune, inclusiv al riscurilor pe care acţiunea respectivă le implică, atât riscul general, cât şi cel special.

În momentul în care agentul alege între diferite variante de comportament şi ia hotărârea de a acţiona, el îşi reprezintă mental (în baza experienţelor sale anterioare), modul cum se va desfăşura acţiunea, obiectul asupra căruia se îndreaptă, împrejurările care pot facilita sau îngreuna atingerea scopului. Este vorba despre o cunoaştere mijlocită, indirectă. Doar când adoptă rezoluţia infracţională şi trece efectiv la executarea activităţii, va realiza o cunoaştere directă, nemijlocită a elementelor realităţii a căror reprezentare mentală a avut-o.[34]

Dacă încercăm să explicăm intenţia din perspectiva teoriei normative, vom spune că nu se poate reproşa agentului că n-a avut o comportare conformă legii penale decât dacă acesta a cunoscut norma cu privire la care trebuia să se conformeze. Din acest punct de vedere cunoaşterea de către agent a caracterului ilicit al faptei sale este evidentă şi indiscutabilă. Dacă optăm pentru concepţia psihologică, în care vinovăţia este o relaţie psihică înre faptă şi autor, cunoaşterea ilicităţii penale a faptei este prezumată în toate cazurile, legea neadmiţând dovada contrară, deşi realitatea contrazice tot mai mult această prezumţie.[35]

În fine, în afară de cunoaşterea de către făptuitor a anumitor date ale realităţii, elementul intelectiv al vinovăţiei presupune şi prevederea rezultatului ca o consecinţă a acţiunii sau inacţiunii agentului. Această prevedere presupune o reprezentare mentală, adică o readucere în conştiinţă, a proiecţiei unor obiecte, fenomene percepute anterior şi o anticipare, cu ajutorul gândirii, a desfăşurării ulterioare probabile a evenimentelor. Elementul intelectiv trebuie să subziste pe tot parcursul desfăşurării activităţii infracţionale (executarea actului material şi producerea rezultatului).

Elementul volitiv este cel care impulsionează şi comandă energia fizică a omului.[36] Actul de voinţă reprezintă o consecinţă a autodeterminării agentului, exprimă hotărârea luată de acesta de a se manifesta într-o anumită direcţie şi de a obţine un anumit rezultat.[37] Voinţa se raportează atât la acţiune, cât şi la rezultat, în mod concomitent. *Prin urmare, în cazul intenţiei, ricul inerent acţiunii voite este voit şi el, chiar dacă nu este întotdeauna urmărit.*

În cazul intenţiei directe elementul intelectiv contă în prevederea rezultatului socialmente periculos, iar elementul volitiv – în urmărirea producerii rezultatului socialmente periculos. Prevederea rezultatului reprezintă o variabilă care se analizează raportat o serie de

[31] R. Garraud, *Traité théoretique et pratique du droit pénal français*, Vol.I, Recueil Sirey, Paris 1913, troisieme edition, p.571.
[32] Ferrando Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, seconda edizione, Padova, CEDAM 1988, p. 320.
[33] Ion Mircea, *Vinovăţia în dreptul penal român,* Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1998, p.45.
[34] G.Antoniu, *Op.cit. (Vinovăţia...),* p.124.
[35] G.Antoniu, *Op.cit. (Vinovăţia...),* p.124.
[36] G.Antoniu, *Op.cit. (Vinovăţia...),* p.121.
[37] *Idem,* p. 122.

elemente, cum ar fi: experiența de viață a făptuitorului, experiența socială și cotidiană că un anumit comportament determină cu necesitate o anumită urmare. *Evaluarea riscului inerent acțiunii se realizează anterior sau concomitent comiterii acesteia și în strânsă relație cu evaluarea rezultatului final. Riscul, în cazul intenției directe, coincide cu rezultatul acțiunii care, în principiu este unic, sau dacă sunt mai multe rezultate posibile, acestea sunt inevitabile, adică probabilitatea lor de producere este de 100%.* Intenția directă implică și prezența unei acțiuni voite de agent care acționează în cunoștință de cauză prevăzând producerea rezultatului spre care este îndreptată acțiunea și cu voința de a produce rezultatul ca o consecință a acțiunii sale. Ceea ce înseamnă că riscul, coincizând cu rezultatul este voit la rândul său, întrucât și acțiunea riscantă este voită. Factorul volitiv specific intenției directe presupune o voință îndreptată spre o anumită finalitate, spre un anumit rezultat, expresie a dorinței agentului de a produce rezultatul aflat în reprezentarea sa.[38]

Analizând normele de incriminare din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, observăm că ar putea fi comise cu intenție directă următoarele fapte:

-organizarea şi efectuarea prelevării de organe, ţesuturi şi/sau celule de origine umană, în scopul transplantului, în alte condiţii decât cele prevăzute de lege (art.154); aceasta deoarece riscul general a fost evaluat de către legiuitor prin însăși activitatea de incriminare. Analizînd procentul ridicat al posibilității producerii unor lezări asupra valorilor sociale relevante, legiuitorul a reglementat în paralel și condițiile efectuării prelevării de organe, țesuturi sau celule umane. Realizând acțiunea ce constituie elementul material al acestei infracțiuni, agentul prevedede și urmărește un scop special – efectuarea transplantului – scopul special desăvârșind circumscrierea naturii riscului evaluat de către legiuitor. Poate că prin realizarea scopului se urmărește un bine general – salvarea unei vieți sau îmbunătățirea vieții unei persoane, dar efectuarea transplantului în alte condiții decât cele prevăzute de lege dă naștere unui risc malefic pentru persoanele donatoare. Urmărind scopul, agentul urmărește și producerea situației riscante.

-prelevarea sau transplanul de organe şi/sau ţesuturi şi/sau celule de origine umană fără consimţământ dat în condiţiile legii (art. 155);

-dispunerea sau efectuarea prelevării de către o persoană atunci când prin aceasta se compromite o autopsie medico-legală, solicitată în condiţiile legii (art. 156);

-donarea de organe şi/sau ţesuturi şi/sau celule de origine umană, de către o persoană, în scopul obţinerii de foloase materiale sau de altă natură, pentru sine sau pentru altul, determinarea cu rea-credinţă sau constrângerea unei persoane să doneze organe şi/sau ţesuturi şi/sau celule de origine umană, publicitatea în folosul unei persoane, în scopul obţinerii de organe şi/sau ţesuturi şi/sau celule de origine umană, precum şi publicarea sau mediatizarea unor anunţuri privind donarea de organe şi/sau ţesuturi şi/sau celule umane în scopul obţinerii unor avantaje materiale sau de altă natură pentru sine, familie ori terţe persoane fizice sau juridice (art. 157);

-organizarea şi/sau efectuarea prelevării de organe şi/sau ţesuturi şi/sau celule de origine umană pentru transplant, în scopul obţinerii unui profit material pentru donator sau organizator-trafic de organe sau ţesuturi umane, cumpărarea de organe, ţesuturi şi/sau celule de origine umană, în scopul revânzării, în vederea obţinerii unui profit (art. 158);

- introducerea sau scoaterea din ţară de organe, ţesuturi, celule de origine umană fără autorizaţia specială emisă de Agenţia Naţională de Transplant (art. 159).

În cazul intenţei indirecte făptuitorul prevede rezultatul faptei sale şi, deşi nu-l urmăreşte, acceptă posibilitatea producerii lui. Elementul intelectiv apare la prima vedere că este identic cu cel din cazul intenției directe, în ambele forme de vinovăție făptuitorul trebuind

[38] G.Antoniu, *Op.cit. (Vinovăția...),* p.139.

să prevadă producerea rezultatului, și implicit și desfășurarea acțiunii, inclusiv a riscurilor sale și a tuturor celorlalte elemente obiective. Însă, dacă în cazul intenției directe rezultatul este prefigurat mintal ca o consecință necesară a acțiunii, în cazul intenției indirecte rezultatul apare ca o consecință probabilă, posibilă a acesteia. Ceea ce înseamnă că riscul producerii sale se îndepărtează de procentul maxim.

Și în cazul intenției indirecte riscul inerent acțiunii este prevăzut de agent ca o consecință a prevederii tuturor elementelor pe care le implică acțiunea respectivă, însă, în cazul intenției indirecte este specifică posibilitatea producerii mai multor rezultate – unele licite, altele ilicite. Dacă o acțiune poate produce mai multe rezultate posibile făptuitorul are reprezentarea mentală a acestora (le prevede) și continuă, asumându-și riscul producerii rezultatelor ilicite. Deși ca urmare a evaluării mentale agentul percepe cu acuratețe aspectele de ordin cantitativ și calitativ în ceea ce privește riscurile acțiunii, cu toate acestea el persistă în executarea actelor materiale. *Ceea ce deosebește intenția indirectă de celelalte forme de vinovăție sub aspectul riscului acțiunii o reprezintă asumarea indiferentă a acestuia și, pe cale de consecință acceptarea indiferentă a producerii rezultatului vătămător.*

Specific domeniului științelor biomedicale este riscul inerent demersurilor de cercetare și tehnicilor medicale noi, sau aflate în etapa experimentală. Riscul acestora presupune posibilitatea producerii unui rezultat vătămător pentru valorile sociale care fac obiect de preocupare al bioeticii. Acest risc generic a dus la incriminarea unora, și la reglementarea strictă prin norme de drept administrativ a altora. Riscul specific se prezintă, alături de beneficiul științific ca și consecințe probabile ale acțiunii. Voința de a produce rezultatul (elementul volitiv) este dedusă din faptul că agentul, având previziunea posibilității producerii, pe lângă rezultatul principal- benefic, și a unui rezultat secundar-leziv, a continuat să acționeze având o atitudine indiferentă de acceptare a producerii acestuia din urmă. Potrivit unei opinii intenția indirectă se caracterizează prin preluarea de către agent a riscului de realizare a rezultatului, criteriu care a fost criticat pentru ambiguitatea sa.[39] Această referire la elementul risc pentru a explica intenția indirectă a rămas izolată, primând criteriul indiferența agentului față de rezultatul produs. În cazul în care agentul continuă executarea manifestând indiferență față de posibilitatea producerii rezultatului eventual, această indiferență echivalează cu acceptarea acestui rezultat.

Prin urmare pot fi comise cu intenție indirectă următoarele fapte incriminate de Legea nr. 95/2006: prelevarea sau transplanul de organe şi/sau ţesuturi şi/sau celule de origine umană fără consimţământ dat în condiţiile legii (art. 155); dispunerea sau efectuarea prelevării de către o persoană atunci când prin aceasta se compromite o autopsie medico-legală, solicitată în condiţiile legii (art. 156); introducerea sau scoaterea din ţară de organe, ţesuturi, celule de origine umană fără autorizaţia specială emisă de Agenţia Naţională de Transplant (art. 159). Agentul are o atitudine indiferentă asumându-și cu nepăsare riscul producerii rezultatului vătămător. Toate celelate fapte reglementate de art. 154, 157, 158 sunt fapte care se poat comite doar cu intenție directă, legiuitorul prevăzând în conținutul normei de incriminare un scop special care califică intenția.

II.Culpa. Potrivit art. 16 al. 4 C.p., o faptă este săvârşită din culpă când infractorul prevede rezultatul faptei sale, dar nu-l acceptă, socotind fără temei că el nu se va produce, sau nu prevede rezultatul faptei sale, deşi trebuia şi putea să-l prevadă. Vinovăția sub forma culpei reprezintă o excepție de la regula potrivit căreia sunt incriminate doar faptele comise cu

[39] Maurach *apud.* G.Antoniu, *Op.cit. (Vinovăția...),* p.144.

intenție. Incriminarea faptelor comise din culpă se impune doar în cazul în care prin ele sunt lezate valori sociale fundamentale, conform principiului minimei intervenții.[40]

În doctrina italiană s-a mai comentat că actele materiale specifice culpei nu sunt altceva decât acte reflexe, acte de obișnuință, acte instinctive sau săvârșite sub imperiul uitării, dar care ar fi putut fi controlate de către agent.[41] Evenimentul leziv cauzat trebuie să fie dintre acelea pe care norma penală obligă a le evita, altfel, răspunderea penală bazată pe culpă se transformă într-o răspundere penală obiectivă în baza principiului *versari in re ilicita versatur respondit etiam pro casu.* Evident această discuție are loc în contextul legislației penale italiene care recunoaște expres răspunderea penală fără vinovăție.[42] Discuții asemănătoare au loc și în doctrina penală *common-law* care semnalează tot mai mult dispariția unei linii clare de demarcație între culpă (*negligence*) și răspunderea penală obiectivă (*strict liability*) care, așa cum vom vedea, implică un oarecare aspect subiectiv.[43]

Culpa reprezintă o atitudine psihică ce se caracterizează prin producerea de către agent a unui rezultat pe care nu l-a voit și pe care, cu mai multă diligență l-ar fi putut evita – *culpa autem esse quod cum a diligenti provideri potuerit non esse provisum.*

Constatarea existenței acestei forme de vinovăție în psihicul făptuitorului diferă în funcție de concepția teoretică privind fundamentul vinovăției pe care dorim să o îmbrățișăm. Astfel, potrivit *teoriei voinței*, există culpă atunci când s-a voit activitatea fizică, fără însă a se fi voit și urmările sancționate de legea penală, adică s-a voit acțiunea, nu și rezultatul ei. Mergând pe acest raționament este aproape imposibil de realizat o distincție între culpă și cazul fortuit. Potrivit teoriei reprezentării, există culpă când agentul a voit activitatea dar a conceput greșit sau deloc finalitatea firească a acelei activități. Agentul nu a avut reprezentarea urmărilor activității sale, deși trebuia și putea să le prevadă. Teoria reprezentării permite astfel o deosebire eficientă a culpei de cazul fortuit.[44]

Teoria psihologică recunoaște culpei calitatea de a fi o atitudine a conștiinței, o formă de manifestare a însușirilor psihice ale agentului. Dacă agentul nu își folosește suficient însușirile psihice de care dispune (dând dovadă de lipsă de atenție, de diligență sau de informare în activitatea sa), el manifestă un ”deficit” subiectiv, neținând sub control și la nivelul cerințelor sociale și legale desfășurarea unor procese psihice importante.[45]

Teoria normativă consideră că nu se poate vorbi de un proces psihic real în cazul culpei deoarece rezultatul nu a fost nici prevăzut și nici voit de către agent. În cazul culpei voința trebuia, potrivit legii, să se manifeste, dar nu s-a întâmplat aceasta. Culpa agentului reflectă de fapt carențele normative ale acestuia, abaterea sa de la norma de drept, exprimând o judecată asupra gradului de observare de către agent a regulilor de diligență pentru a se

[40] Munoz Conde, Mercedes Garcia Aran, *Derecho penal. Parte general*, 6ª.ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 315.
[41] Rosana Petrucci, *Diritto penale. Parte generale*, XV Edizione, Edizioni Juridice Simone, Napoli, 2004, p.216.
[42] Art. 42 al. 2 din Codul penal italian.
[43] A se vedea Pablo Salvador-Coderch, Nuno Garoupa, Carlos Gomez-Liguerre, *Scope of liability: the vanishing distinction between negligence and strict liability*, în *European Jornal of Law and Economics*, nr. 28/2009, p.257-258; Hans-Bernd Schäfer, Andreas Schönenberger, *Strict Liability versus Negligence*, în *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p.597-624, on line la http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html, direct link http://encyclo.findlaw.com/3100book.pdf; Larry Alexander, *Reconsidering the Relationship among Voluntary Acts, Strict Liability and negligence in Criminal Law*, în *Journal of Social Philosophy and Policy*, vol. 7/1990, Issue 2, p.84-104.
[44] V.Dongoroz, *Op.cit. (Drept penal 1939...)*, p. 198.
[45] V.Dongoroz, ș.a., *Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea generală*, vol. I, Editura Academiei Române, Editura All Beck, Bucureşti, 2003, p. 122; G.Antoniu, *Op.cit. (Vinovăția...),* p.160.

evita producerea rezultatului.[46] Doctrina germană consideră culpa, din acest punct de vedere, ca fiind o formă specifică de acțiune pedepsibilă, și nu o formă propriu-zisă, distinctă, de vinovăție.[47]

Culpa ca formă de vinovăție este evaluată prin analizarea a două elemente: *un element obiectiv constând în încălcarea de către agent a unei obligații de diligență* a cărei reglementare legală este instituită în vederea prevenirii producerii unor vătămări pentru valorile sociale ocrotite de legea penală. Acest element obiectiv este esențial pentru existența culpei, obligația de diligență servind la stabilirea unui echilibru între caracterul necesar al unei activități generatoare de risc pentru valorile sociale ocrotite și interesul protejării acestor valori.[48] Cel de-al doilea element necesar a fi stabilit în cazul culpei are un *caracter subiectiv și constă în previzibilitatea și evitabilitatea subiectivă a urmării.* Dacă agentul nu putea să prevină producerea urmării, fie pentru că nu era previzibilă, fie că, deși previzibilă nu putea fi evitată, este exclusă angajarea răspunderii sale penale cu titlul de culpă. Evitabilitatea este analizată în funcție de caracteristicile personale ale agentului (experiența de viață, pregătire) și condițiile concrete în care acesta a acționat.[49] Elementul obiectiv determină identificarea culpei ca formă de vinovăție în cazul comiterii unei infracțiuni. Elementul subiectiv determină posibilitatea de diferențiere între culpa cu prevedere și culpa simplă, modalități ale culpei reglementate legal.

În cazul culpei cu prevedere făptuitorul prevede rezultatul faptei sale, dar nu îl acceptă socotind fără temei că nu se va produce. Cu alte cuvinte, agentul acționează din culpă cu prevedere atunci când, realizând conduita contrară obligației de diligență, prevede ca o posibilă urmare a faptelor sale producerea unei urmări vătămătoare pentru valoarea socială ocrotită, dar consideră că această urmare nu se va produce în concret.[50]

În cazul culpei cu prevedere agentul acționează în baza unei anumite cunoașteri a datelor realității, cunoaștere care se asociază cu producerea rezultatului. Cunoașterea este superficială, creindu-i agentului convingerea că va putea evita rezultatul aflat în reprezentarea sa, deși un efort de aprofundare a datelor realității i-ar fi demonstrat agentului că rezultatul este posibil și că nu este în măsură, în condițiile date, să stăpânească forțele care îl produc.[51]

Prevederea rezultatului este astfel și ea denaturată deoarece rezultatul este prevăzut ca imposibil. Până la un punct, procesele psihice caracteristice culpei cu prevedere se aseamănă cu cele care au loc în cazul intenției indirecte. Însă, în cazul culpei cu prevedere, posibilitățile pe care contează subiectul pentru a evita rezultatul sunt reale, constând în date de ordin subiectiv sau obiectiv (experiența agentului, calitățile sale personale sau atribute ale obiectelor, condiții atmosferice etc.). Aceste date sunt însă supraevaluate sau, din contră, ignorate de către agent. O evaluare corectă a acestora ar fi determinat împiedicarea producerii rezultatului. Deci agentul nu se bazează în cazul culpei cu prevedere pe noroc sau pe speranțe deșarte, deoarece, în atare condiții, fapta sa ar fi comisă cu intenție.[52] Tot din acest punct de vedere, exprimarea legiuitorului român *"socotind fără temei că nu se va produce"* a fost criticată în doctrină arătându-se că este susceptibilă de a crea confuzii. Deoarece autorul consideră că rezultatul nu se va produce bazându-se pe anumite împrejurări, evaluate însă în mod eronat, temeiul nu lipsește, ci doar se dovedește insuficient.[53]

[46] G.Antoniu, *Op.cit. (Vinovăția...),* p.160.
[47] Jescheck și Maurach *apud.* G.Antoniu, *Op.cit. (Vinovăția...),* p.160.
[48] F.Streteanu, *Drept penal. Partea generală I*, Ed.Rosetti, Bucureşti 2003, p. 380.
[49] F.Streteanu, *Op.cit.*, p. 381.
[50] F.Streteanu, *Op.cit.*, p. 382.
[51] G.Antoniu, *Op.cit. (Vinovăția...),* p.173.
[52] V.Dongoroz, *Op.cit. (Explicații...vol.I),* p. 119;
[53] F.Streteanu, *Op.cit.*, p. 386.

O cerință importantă sub aspect volitiv pentru existența culpei este aceea ca activitatea nonvoită de agent să nu creeze riscul unui rezultat periculor, a cărui mărime să depășească riscul tolerat de societate, deoarece numai de la această limită acțiunea devine ilicită. Prin urmare prevederea riscului de către agent prin nerespectarea regulilor de diligență nu devine imputabilă agentului dacă acesta a manifestat grija necesară ca riscul respectiv să se înscrie în limitele admisibile pentru viața socială.[54]

În baza teoriei adecvanței sociale, societatea tolerează anumite activități generatoare de risc, iar dacă agenutul respectă în derularea acelor activități limitele impuse de societate, atunci el nu poate fi tras la răspundere penală. Motivul pentru care societatea tolerează în anumite limite astfel de activități îl constituie faptul că ele pot contribui la progresul științei și civilizației. Impunerea limitelor de derulare a acestor activități riscante dar potențial benefice se realizează în baza principiului precauției care, așa cum am arătat, are ca scop salvgardarea valorilor sociale din domeniul bioeticii și nu numai.

O altă teorie care vine să explice mai cuprinzător problema riscului acceptat de către societate o reprezintă *teoria riscului admis*. În baza acestei teorii, se realizează o punere în balanță a potențialului leziv al acțiunii riscante și a șanselor reale de salvare a unor valori sociale importante. Dacă agentul acționează periculos în situații extreme pentru a valorifica șansele reale de salvare a unei valori, dar cu respectarea unor reguli de diligență impuse de societatea, atunci el va fi exonerat de răspundere penală. Prin urmare preluarea riscului nu înseamnă neglijență întrucât chirurgul care operează un pacient pentru a-i salva viața , deși prevede riscul producerii morții (prezent și evaluat statistic), nu răspunde penal decât dacă a fost neglijent. Însă această teorie se utilizează în ceea ce privește culpa fără prevedere.

În cazul culpei fără prevedere agentul nu prevede rezultatul faptei sale deși trebuia și putea să îl prevadă. Sancționarea penală a unei persoane care a acționat din culpă fără prevedere este aproape imposibil de justificat în baza concepției psihologice asupra vinovăției, deoarece procesele psihice care au loc în această situație sunt mai puțin evidente. Lipsa prevederii rezultatului, a reprezentării mentale a acestuia ar putea fi apreciată la o primă vedere ca o lipsă a elementului intelectiv. De aceea justificarea sancționării penale în cazul culpei fără prevedere se realizează de regulă în baza concepției normative asupra vinovăției (agentului i se reproșează faptul că nu a prevăzut ceva ce ar fi putut să prevadă și nu a evitat ceea ce se putea evita) la care se asociază ideea riscului admis.

Mai mult doctrina italiană vorbește, așa cum am văzut anterior la clasificarea culpelor, de o încălcare a obligației de diligență în mod inconștient.

Aprecierea neprevederii rezultatului se realizează prin intermediul a două elemente:

-obligația de prevedere (*"trebuia să prevadă"* rezultatul); obligația de prevedere presupune existența unei obligații de diligență reglementate de lege și impuse agentului de către legiuitor, această obligație rezultând din prevederile unui act normativ (lege, regulament, etc). Doctrina a arătat că poate fi vorba și despre o obligație de diligență nescrisă.[55]

-posibilitatea de prevedere (*"putea să prevadă"* rezultatul) care se evaluează în baza unui criteriu obiectiv, *al agentului abstract* (al omului celui mai experimentat, dotat cu cel mai înalt nivel de pregătire și cunoștințe), al unui criteriu subiectiv, *al agentului concret* (ce pune accent pe caracteristicile personale proprii ale autorului), sau al unui criteriu combinat, *al agentului model* (care combină caracteristicile activității desfășurate cu caracteristicile proprii agentului). Primele două criterii au fost abandonate afirmându-se că restrâng sau extind excesiv sfera faptelor din culpă fără prevedere, astfel că în prezent doctrina și practica

[54] G. Antoniu, *Op.cit. (Vinovăția...),* p. 169.
[55] F.Streteanu, *Op.cit.*, p. 390.

utilizează criteriu mixt, cu precizarea că, în fiecare caz vor fi luate în considerare şi împrejurările concrete în care a avut loc producerea rezultatului.

-doctrina a propus şi un element suplimentar în analiza culpei şi anume *evitabilitate rezultatului,* arătându-se că nu este suficient să fi existat obligaţia şi posibilitatea de prevedere, ci trebuie ca autorul să fi avut şi posibilitatea evitării rezultatului în cazul în care l-ar fi prevăzut.[56] Nu ar putea fi posibilă imputarea unui rezultat care ar fi intervenit orcum, chiar în absenţa încălcării obligaţiei de diligenţă.

Analizând dispoziţiile de incriminare din Legea nr. 95/2006, observăm că niciuna dintre faptele pe care legiuitorul le-a prevăzut sub sancţiune penală nu se poate comite din culpă, pe de o parte deoarece legiuitorul a prevăzut necesitatea satisfacerii unui scop special - art. 154, 157, 158 – iar în cazul faptelor prevăzute de art. 155, 156, 159, din modul de reglementare rezultă că agentul nu poate acţiona altfel decât urmărind producerea riscului, sau acceptând nepăsător consecinţele situaţiei riscante pe care o crează.

De altfel în domeniul bioeticii numărul infracţiunilor care se pot comite din culpă este extrem de mic, tocmai pentru că riscul faptelor ce ar putea fi comise fiind un risc evaluat şi tolerat de către societate în considerarea unui interes superior, acela al progresului ştiinţific şi al bunăstării sociale. Mai mult, riscul tinde să devină o cauză autonomă de exonerare de răspundere penală[57], situându-se dincolo de graniţa culpei fără prevedere. Pot fi comise din culpă fapta de ucidere din culpă (art. 192 C.p.), vătămarea fătului (art. 202 al. 5 C.p.) neglijenţa în serviciu (art. 289 rap. la 308 C.p.).

III.Praeterintenţia reprezintă ”o formă mixtă de vinovăţie, o combinaţie a intenţiei şi culpei”[58], o ”formă autonomă, specifică de vinovăţie care se constituie din elemente caracteristice atât intenţiei cât şi culpei”[59]. O faptă este săvârşită cu praeterintenţie atunci când agentul prevede şi urmăreşte ori acceptă un anumit rezultat, dar în fapt se produce un rezultat pe care l-a prevăzut dar nu l-a voit, săcătind fără temei că nu se va produce ori nu l-a prevăzut deşi trebuia şi putea să îl prevadă. Noul cod penal enumeră expres intenţia depăşită în cadrul formelor de vinovăţie, statuând în cuprinsul art. 16 al. 5 că ”există intenţie depăşită când fapta constând într-o acţiune sau inacţiune intenţionată produce un rezultat mai grav, care se datorează culpei făptuitorului”, legiuitorul penal român acoperind astfel lacuna de reglementare anterioară semnalată în doctrină.[60]

Denumirea acestei forme de vinovăţie – *praeterintenţie* sau intenţie depăşită, din lat. *praeter, ”*peste” – ar putea sugera o poziţionare a acesteia între intenţie şi culpă însă, doctrina a arătat că acest lucru nu ar fi posibil deoarece între aceste două forme de vinovăţie expres reglementate de lege nu există nimic – *tertium non datur* – fiind o formă independentă, creată prin combinarea proceselor psihice aparţinând intenţiei cu cele aparţinând culpei.[61]

Există aşadar praeterintenţie atunci când o acţiune sau inacţiune intenţionată produce un rezultat mai grav, pe care agentul nu l-a voit, şi care i se poate imputa acestuia cu titlu de culpă. În doctrina română s-a exprimat opinia că rezultatul mai grav produs şi ne-voit de către agent nu s-ar putea imputa acestuia decât sub forma culpei fără prevedere[62] sau, o alta potrivit căreia rezultatul mai grav s-a putea imputa doar cu titlu de culpă cu prevedere.[63] Opiniile

[56] M.Cobo de Rosal, T.S.Vives Anton, *Derecho penal. Perte general*, p.653 *apud.* F.Streteanu, *Op.cit.*, p. 392.
[57] Massimo Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, GiufreEditore, 1991, p. 489.
[58]V.Dongoroz, *Op.cit. (Explicaţii...vol.I),* p. 115.
[59] G.Antoniu, *Op.cit. (Vinovăţia...),* p.189.
[60] G.Antoniu, (coord.), *Reforma legislaţiei penale*, Editura Academiei Române, Bucureşti 2003, p. 97.
[61] G.Antoniu, *Op.cit. (Vinovăţia...),* p.189.
[62]M. Basarab, *Drept penal. Partea generală*, vol.I, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1995, p. 190; în acelaşi sens şi I. Oancea, *Drept penal. Partea generală*, Editura Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 1971, p.187.
[63] I.Tănăsescu ş.a., *Drept penal general*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2002, p. 250.

prezentate au rămas minoritare în câmpul doctrinei, majoritatea autorilor de drept penal fiind de părere că rezultatul mai grav poate fi imputat agentului atât din culpă cu prevedere cât și din culpă simplă.[64]

Activitatea infracțională desfășurată sub imperiul praeterintenției prezintă o serie de caracteristici. Astfel, agentul săvârșește o o acțiune/inacțiune urmărind sau acceptând producerea unui anumit rezultat, actele sale materiale conctituind elementul material al unei infracțiuni (*primum delictum*). În fapt se produce un rezultat mai grav care determină o calificare juridică diferită a faptei săvârșite, aceasta constituind o infracțiune mai gravă sau o variantă agravată a infracțiunii inițiale (*majus delictum*).[65]

Doctrina italiană califică praeterintenția ca fiind o formă de răspundere penală obiectivă, plecând de la prevederile art. 43 al. 2 din codul penal italian care statuează că praeterintenția este poziția psihică a agentului care produce un rezultat mai grav, fără a condiționa răspunderea penală a acestuia de existența culpei în ceea ce privește acest rezultat.[66] După Manzini, rezultatul mai grav produs este o condiție de pedepsire, fiind atribuit agentului ca o consecință a acțiunii intenționate inițiale, indiferent de poziția sa subiectivă: voind acțiunea, agentul voiește cu necesitate și toate consecințele acesteia[67], deși rezultatul mai grav se găsește într-un raport de contradictorialitate cu voința agentului.[68] Deși opinia dominantă califică faptele săvârșite cu praeterintenție ca fiind cazuri de răspundere penală obiectivă, în doctrina italiană există alte două curente de opinie care atribuie rezultatul mai grav agentului fie cu titlu de culpă, fie cu titlul de vinovăție mixtă între dol și culpă.[69]

În doctrina franceză s-a exprimat aceeași poziție privind calificarea praeterintenției ca formă de răspundere obiectivă. Astfel, rezultatul mai grav produs prin activitatea materială depășește ceea ce agentul ar fi putut în mod normal să prevadă[70] sau depășește scopul propus de către agent, fiind mai grav decât ceea ce acesta a voit.[71]

Având în vedere că procesele psihice specifice praeterintenției combină procese psihice specifice atât intenției cât și culpei, în doctrina și practica judiciară s-a pus problema delimitării acestei forme de vinovăție atât față de intenția eventuală, cât și față de culpă.

Delimitarea praeterintenției față de intenția indirectă sau eventuală se poate realiza prin utilizarea acelorași criterii ca în cazul delimitării intenției eventuale față de culpa cu prevedere. Este vorba despre gradele de eventualitate a producerii rezultatului. Astfel, aceste grade de eventualitate a producerii rezultatului se vor raporta la rezultatul mai grav produs și se va stabili în ce măsură agentul care a săvârșit activitatea materială specifică infracțiunii inițiale, a prevăzut acel rezultat ca sigur, probabil, posibil, improbabil, imposibil sau exclus.[72] Dacă rezultatul mai grav apare ca sigur a se produce, agentul a acționat cu intenție și în ceea ce privește producerea rezultatului mai grav. Dacă rezultatul mai grav apare ca probabil a se produce, dar agentul și-a asumat riscul producerii lui, va exista tot intenție, dar eventuală sau indirectă. Dacă rezultatul mai grav apare ca posibil, dar a luat toate măsurile pentru evitarea producerii sale, va exista culpa, iar dacă nu a luat aceste măsuri, riscând producerea lui,

[64] V.Dongoroz, *Op.cit. (Drept penal 1939...),* p. 204; C.Bulai, *Manual de drept penal. Partea generală,* Ed. All Beck, București, 1997, p. 191; F.Streteanu, *Op.cit.*, p.395; V.Pașca, *Curs de drept penal. Partea generală,* Ed. Universul Juridic, București 2010, p.133.

[65] C.Bulai, *Op.cit.*, p. 191.

[66] Art.43 al. 2 Elemento psicologico del reato: *Il delitto (...) è preterintenzionale, o oltre l`intenzione, quando dall`azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall`agente.*

[67] Manzini *apud*. G.Antoniu, *Op.cit. (Vinovăția...),* p.189.

[68] Rosana Petrucci, *Op.cit.*, p. 234-235.

[69] *Idem,* p. 235-236.

[70] Roger Merle, Andre Vitu, *Traite de dorit criminel. Droit penal general*, Paris 1997, p. 447.

[71] Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc, *Droit penal*, Paris Dalloz, 1995, p.277-278.

[72] V.Dongoroz, *Op.cit. (Drept penal 1939...),* p. 204.

agentul a acționat din nou cu intenție eventuală. Nu în ultimul rând, dacă rezultatul mai grav apare ca improbabil, imposibil sau exclus, sau nu a fost prevăzut de loc de către agent, atunci acesta va fi imputat agentului cu titlu de culpă.

Delimitarea praeterintenției față de culpă presupune verificarea situației dacă la baza rezultatului mai grav s-a aflat sau nu o faptă prevăzută de legea penală. Dacă o astfel de faptă nu există, vom fi în prezența culpei, iar nu a praeterintenției. Dacă producerea rezultatului a fost precedată de o faptă prevăzută de legea penală, și rezultatul mai grav apare ca o consecință tipică a urmării dorite de agent, va exista praeterintenție. Dacă rezultatul mai grav nu apare ca o consecință tipică a urmării dorite de făptuitor, nefiind prevăzut în norma de incriminare ca premisă pentru urmarea praeterintenționată, va exista culpă.[73]

3.3. Riscul bioetic în viziunea legiuitorului francez

În anul 1994 statul francez a adoptat în domeniul bioeticii un set de legi referitoare la reproducerea umană asistată, clonarea umană, cercetarea pe celule stem embrionare[74]: Legea 94-630 din 25 iulie 1994 referitoare la protecția persoanelor implicate în domeniul cercetării biomedicale; Legea 94-653 din 29 iulie 1994 referitoare la respectul datorat corpului uman; Legea 94-654 din 29 iulie 1994 referitoare la donarea și utilizarea elementelor și produselor corpului uman, la asistența medicală și tratamentul pentru procreare și diagnostic prenatal; Legea 94-548 din 1 iulie 1994 referitoare la datele nominale utilizate în cerectarea în domeniul sănătății. Acest corp de legi a suferit ulterior unele modificări și se completează cu prevederile Legii Veil Legea 75-17 din 17 ianuarie 1975 referitoare la întreruperea voluntară a sarcinii și ale Codului penal francez.

Ca și activități incriminate, am observat, în afară de cele ”tradiționale” legate de efectuarea întreruperilor de sarcină cu nerespectarea condițiilor legale sau interzicerea sub sancțiune penală a obținerii de profit în urma donării sau prelevării de organe, celule sau țesuturi, ori efectuarea de operațiuni specifice biomedicinei și geneticii cu încălcarea reglementărilor în vigoare, și situații speciale, cum ar fi:

-încălcarea clauzei de confidențialitate (art. L.675-11) aplicabilă imperativ în cazul donării de ovule sau spermă;

-efectuarea de donații duble de gameți (este obligatoriu ca viitorul copil să fie înrudit genetic cu unul din membrii cuplului donatar -art. L. 152-3);

-efectuarea de experimente pe embrioni sau crearea de embrioni în scop experimental (art. L. 152-8);

-procurarea de embrioni umani în schimbul unei sume de bani, intermediarea realizată în acest scop (art. 511-15 C.p. francez);

-conceperea in vitro, crearea de clone a unor embrioni umani în scop industrial sau comercial sau utilizarea embrionilor umani în acest scop (art. 511-17 C.p. francez) ori crearea de embrioni în scop experimental (art. 511-18 C.p. francez) și chiar în scop terapeutic (art. 511-18[1] C.p. francez);

Am observat astfel o preocupare a legiuitorului francez pentru circumscrierea cât mai amănunțită a sferei noțiunii de risc bioetic, mai precis a celei de risc bioetic generic precum și o abundență de norme de incriminare în situații în care, în mod normal ar trebui ca protecția să se realizeze prin mijloace de drept extrapenal. Legiuitorul francez se preocupă de ideea

[73] F.Streteanu, *Op.cit.*, p. 398.

[74] Legea 94-630 din 25 iulie 1994 referitoare la protecția persoanelor implicate în domeniul cercetării biomedicale; Legea 94-653 din 29 iulie 1994 referitoare la respectul datorat corpului uman; Legea 94-654 din 29 iulie 1994 referitoare la donarea și utilizarea elementelor și produselor corpului uman, la asistența medicală și tratamentul pentru procreare și diagnostic prenatal; Legea 94-548 din 1 iulie 1994 referitoare la datele nominale utilizate în cerectarea în domeniul sănătății.

salvgardării cu orice preț a valorilor sociale din domeniul bioeticii și aplică principiul precauției într-o manieră proprie în realizarea operațiunii de incriminare, chiar dacă riscul specific, de cele mai multe ori ar putea fi evitat prin aplicarea de sancțiuni administrative.

3.4. Riscul bioetic în viziunea legiuitorului italian

Legiuitorul italian a adoptat Legea nr. 40 din 19 februarie 2004 referitoare la reproducerea umană asistată (publicată în Gazzetta Ufficiale nr. 45 din 24 februarie 2004) asumându-și o „etică a scopurilor absolute" (Berger, Zijderveld, 2011)[75]. Acest act normativ cuprinde o serie de norme de incriminare după cum urmează prin care sunt interzise sub sancțiune penală următoarele activități:

- producerea, organizarea sau publicitatea privind vânzarea de gameți sau embrioni sau a serviciilor de mame-surogat; (art. 12)
- efectuarea unei proceduri care are ca scop crearea unei ființe umane ce descinde dintr-o singură celulă de origine, eventual identică în ceea ce privește moștenirea genetică nucleară, provenită de la o altă ființă umană vie sau moartă; (art. 12)
- maternitatea surogat **(**ducerea la termen, de către o femeie, a unei sarcini și cedarea copilului unui cuplu contractant. (art. 12)
- crearea embrionilor umani în scopul cercetării sau efectuării de experimente sau în alte scopuri care contravin legii. (art. 13 al. 3)
- realizarea, organizarea sau publicitatea, sub orice formă, a comercializării de gameți sau embrioni umani (art. 12 al. 6)
- alterarea ilicită a patrimoniului genetic al embrionului (art. 13 al. 3 lit. b).
- crearea și conservarea unui număr mai mare de embrioni decât este necesar în procedura de procreare asistată, în orice caz nu mai mare de 3 (art. 14 al. 6)
- crioconservarea embrionilor (art.14 al. 1)
- efectuarea cercetării pe embrioni umani (art. 13) cu excepția scopului terapeutic și de diagnostic exclusiv legate de acesta pentru protecția sănătății și dezvoltarea embrionului în sine, și în cazul în care nu există metode alternative. Este interzisă în mod absolut:

a) producerea de embrioni umani pentru cercetare sau experimentare sau în alte scopuri decât cel prevăzut în lege;

b) orice formă de selecție de embrioni și gameți în scop eugenic sau orice intervenție care, prin tehnici de selecție, manipulare sau prin procedee artificiale, au ca scop modificarea patrimoniului genetic al embrionului sau gametului sau de a predetermina caracteristici genetice, cu excepția intervențiilor în scop de diagnostic si terapeutice;

c) intervențiile de clonare prin transfer nuclear sau prin sciziune precoce a embrionului sau prin ectogeneză timpurie realizate atât în scop de procreare, cât și în scop de cercetare;

d) fertilizarea unui gamet uman cu un gamet aparținând unei alte specii și producția de hibrizi sau himere.

După cum putem observa riscul generic evaluat de legiuitorul italian în realizarea operațiunii de imcriminare al unor astfel de activități îl reprezintă alterarea naturii ființei umane, a zestrei sale genetice și a încălcării dezideratului irepetabilității și unicității genomului uman. Acest risc generic se completează cu riscul specific inerent fiecareia dintre activitățile incriminate enumerate mai sus. Legiuitorul italian a fost preocupat de a evalua cu caracter anticipativ toate situațiile potențial riscante pentru valorile enumerate, prevăzând expres și limitativ excepțiile de la tragerea la răspundere penală. Faptele enumerate de către

[75] P. Berger, A. Zijderveld, *Elogio del dubbio. Come avere convizioni senza deventare fanatici*, Il Mulino, Bologna, 2011, p.141.

legiuitorul italian nu pot fi comise decât cu intenție directă sau indirectă, nefiind posibilă comiterea acestora din culpă.

IV.Concluzii

Așa cum am putut observa pe parcursul întregului studiu, progresul, de orice natură ar fi el, nu-și găsește justificarea decât dacă este în slujba omului. Însă, progresul, în afara beneficiilor evidente pencare le are pentru omenire, implică și o serie de riscuri semnificative ce pot afecta în final însăși existența și continuitatea speciei umane. Științele medicale și biologice nu pot fi învinuite pentru faptul că, alături de marile lor realizari, anumite descoperiri sunt purtătoare de risc în ceea ce privește viața însăși, ci faptul că aceste descoperiri nu sunt puse în discuție în contextul interdisciplinarității, atât din perspectiva biologică, cât și din perspectiva etică și filosofică. Sfântul Apostol Pavel în Corinteni 6-12 spunea: "Toate lucrurile îmi sunt îngăduite, dar nu toate îmi sunt de folos, toate lucrurile îmi sunt îngăduite, dar nu trebuie să mă las biruit de nimic".

Având în vedere riscul suprem al dispariției genomului uman, legiuitorul internațional și național al diferitelor state au căutat să evalueze cu prilejul operațiunii de incriminare limitele de gravitate ale acestuia precum și a riscurilor derivate. Prin cântărirea raportului risc beneficii, sunt permise anumite activități din domeniul științelor biomedicale dar cadrul legal al derulării acestora este strict reglementat. Angajarea răspunderii penale pentru comiterea de infracțiuni din domeniul științelor biomedicale nu se poate realiza decât ca urmare a unei analize amănunțite a proceselor psihice a agenților care evaluează cu prilejul comiterii faptei riscul specific și acționează în funcție de rezultatul acestei evaluări. Intenția indirectă, culpa cu prevedere și culpa simplă reprezintă forme de vinovăție în cadrul cărora ideea evaluării subiective sau obiective a riscului apare în ansambul elementelor psihice care preced sau însoțesc comiterea faptei. Ideea riscului este cu atât mai compatibilă și teoria normativă a vinovăției, agentului reproșându-i-se o evaluare indiferentă, ușuratică sau absentă a riscului unei activități periculoase.

Acknowledgment: This work was supported by the strategic grant POSDRU/159/1.5/S/133255, Project ID 133255 (2014), co-financed by the European Social Fund within the Sectorial Operational Program Human Resources Development 2007-2013.

Bibliografie

1. Alexander, L., *Reconsidering the Relationship among Voluntary Acts, Strict Liability and negligence in Criminal Law*, în *Journal of Social Philosophy and Policy*, vol. 7/1990, Issue 2.
2. Antoniu, G., *Vinovăţia penală,* Ed. Academiei Române, Bucureşti, 2002, ediţia a doua.
3. Antoniu, G. (coord.), *Reforma legislaţiei penale*, Editura Academiei Române, Bucureşti 2003.
4. Basarab, M., *Drept penal. Partea generală*, vol.I, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1995.
5. Berger, P., Zijderveld, A., *Elogio del dubbio. Come avere convizioni senza deventare fanatici*, Il Mulino, Bologna, 2011.
6. Bulai, C., *Manual de drept penal. Partea generală,* Ed. All Beck, Bucureşti, 1997.

7. Buzea, N. T., *Infracţiunea şi culpabilitatea. Doctrină, legislaţie, jurisprudenţă*, Alba Iulia, Tipografia Sabin-Solomon, 1944.
8. Caulfield, T., Knowles, L., Meslin, E.M., *Law and Policy in the Era of Reproductive Genetics*, în Journal of Medical Ethics, vol. 30, 2004, disponibil online la http://jme.bmj.com/content/30/4/414.full?sid=c32779f1-8a54-4b71-b944-a5771774cd9e (accesat la 2.07.2014).
9. Conde, M., Aran, M.G., *Derecho penal. Parte general*, 6ª.ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
10. Dongoroz, V. ş.a., *Explicaţii teoretice ale Codului penal român. Partea generală*, vol. I, Editura Academiei Române, Editura All Beck, Bucureşti, 2003.
11. Dongoroz, V., *Drept penal (Reeditarea ediție din 1939)*, Asociația Română de Științe Penale, București 2000.
12. Donini, M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, GiufreEditore, 1991.
13. Eliescu, M., *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei, Bucureşti, 1972.
14. Ferri, E., *Principii de drept criminal*, vol. II, Bucureşti, 1929**.**
15. Garraud, R., *Traité théoretique et pratique du droit pénal français*, Vol.I, Recueil Sirey, Paris 1913, troisieme edition.
16. Huidu, A., *Reproducerea umană medical asistată. Etica incriminării versus etica biologică. Studiu de drept comparat*, Editura Lumen, Iași, 2010.
17. Mantovani, F., *Diritto penale, parte generale*, seconda edizione, Padova, CEDAM 1988.
18. Mariţ, Al., *Riscul întemeiat şi caracterul penal al faptei în legislaţia Republicii Moldova*, on line la http://www.history-cluj.ro/SU/anuare/2008/Continut/art21Marit.PDF.
19. Merle, R., Vitu, A., *Traite de dorit criminel. Droit penal general*, Paris 1997.
20. Mircea, I., *Vinovăția în dreptul penal român,* Ed. Lumina Lex, București, 1998.
21. Oancea, I., *Drept penal. Partea generală*, Editura Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 1971.
22. Pașca, V., *Curs de drept penal. Partea generală,* Ed. Universul Juridic, București 2010.
23. Pașca, V., Mancaș, R., *Drept penal. Parte generală,* Ed. Universitas Timisiensis, Timișoara, 2002.
24. Petrucci, R., *Diritto penale. Parte generale,* XV Edizione, Edizioni Juridice Simone, Napoli, 2004.
25. Platon, *Republica*, IV, http://www.constitution.org/pla/repub_04.htm (accesat la 20 iulie 2014).
26. Raffensberger, C., Tickner, J., *Introduction: to foresee and forestall*, în Raffensberger, Tickner, eds., *Protecting Public Health and the Environment: Implementing the Precautionary Principle*, Washington 1999, D.C.: Island Press.
27. Salvador-Coderch, P., Garoupa, N., Gomez-Liguerre, C., *Scope of liability: the vanishing distinction between negligence and strict liability,* în *European Jornal of Law and Economics*, nr. 28/2009.
28. Schäfer, H.B., Schönenberger, A., *Strict Liability versus Negligence*, în *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), Cheltenham, Edward Elgar, 2000, on line la http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html, direct link http://encyclo.findlaw.com/3100book.pdf;

29. Stănilă, L., *Răspunderea penală a persoanei fizice,* Editura Hamangiu, București 2012.
30. Stănilă, L., *Provocările bioeticii. Reconfigurarea unor valori fundamentale și necesitatea protejării lor prin mijloace de drept penal*, lucrare prezentată la Conferința internațională ”Reformele privind consolidarea statului de drept în țările europene”, Sibiu, 5-6 iunie 2014, în curs de publicare.
31. Stănilă, L., *Principiul precauției și etica incriminării. O abordare bioetică*, lucrare prezentată la Conferința *Joint International Conference of Doctoral and Post-Doctoral Researchers* organizată de Universitatea din Craiova în perioada 12-13 septembrie 2014.
32. Stefani, G., Levasseur, G., Bouloc, B., *Droit penal*, Paris Dalloz, 1995.
33. Streteanu, F., *Drept penal. Partea generală I*, Ed.Rosetti, Bucureşti 2003.
34. Tănăsescu, I. ș.a., *Drept penal general*, Ed. All Beck, București, 2002.
35. Von Savigny, F.C., *System of the Modern Roman Law*, traducere din germană de William Holloway, Vol. I, Madras: J.Higginbotham Publisher, 1867, disponibil online la www.books.google.ro (accesat la 28 august 2014).

THE MANNER OF REFLECTION OF THE ISSUE OF WAR AUTHORS' RESPONSIBILITY IN THE TREATY OF VERSAILLES

Lavinia Andreea Bejan, PhD Student, PhD Fellow SOPHRD/159/1.5/133675 Project, Faculty of History, "Al. Ioan Cuza" University of Iași

Abstract: The present paper aims at analyzing the manner in which the groundbreaking proposals of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, created at the end of the First World War in order to inquire into (among others) the breaches of the laws and customs of war, the responsibility of both states and individuals for such acts, and the creation of an international court to deal with the established offences, have been taken into consideration during the peace negociations in Versailles. To this aim, the paper intends to offer a broad analysis of both the proposals of the Comission that have been integrated in the Versailles Peace Treaty and of those that haven't, but more importantly it aims at clarifying some of the political and legal issues that prevented the adoption of all the proposals of the Commission in the international treaty. Therefore, matters such as state and individual responsibility at the end of the First World War, the manner in which the Great Powers chose or were able to enforce the provisions of both the Proposal and the subsequent treaty, or what has become of the proposal regarding the creation of an international court to deal with breaches of the laws and customs of war are all matters that shall be clarifyed in the following pages.

Keywords: laws and customs of war, individual responsibility in international law, First World War, Treaty of Versailles, international tribunal

A brief overview of the findings of the Commission

At the end of the First World War, a Commission that would inquire into the responsibilities related to the war was constituted by the Preliminary Peace Conference, in its plenary session on January 25, 1919. Clarifications and proposals on five categories of issues have been assigned to its fifteen members: the responsibility of the authors of the war, the establishment of the facts representing breaches of the laws and customs of war that were committed by the losing states of the conflagration, the degree of responsibility for these offences attaching to individuals belonging to the enemy forces, however high in rank, the constitution and procedure of a tribunal appropriate for the trial of the mentioned offences, as well as any other matters related to those above that the Commission finds useful and relevant to be taken into consideration[1].

In what concerns the responsibility of the authors of the war, the Commission established clearly that it 'lies wholly upon the Powers which declared war in pursuance of a policy of aggression', meaning that it 'rests first on Germany and Austria, secondly on Turkey and Bulgaria', the Report concluding that the Central Powers and its allies premeditated the war, making it 'unavoidable', and that Germany and Austro-Hungary also deliberately violated the long-established neutrality of Belgium (guaranteed since 1839) and Luxemburg (guaranteed since 1867). Also, the Commission found that there is 'abundant evidence of outrages (...) committed (...) against the laws and customs of war and of the laws of

[1] *Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War*, March 29, 1919

humanity', 'in spite of the explicit regulations, of established customs and of the clear dictates of humanity', which 'could devise for the execution of a system of terrorism carefully planned and carried out to the end'. In this sense, the Report contains a non-exhaustive list of 32 types of crimes committed, among which murders and massacres, 'systematic terrorism', killing of hostages, torture and deliberate starvation of civilians, rape and abduction for the purpose of forced prostitution, imposition of collective penalties, deliberate bombardment of undefended places, deliberate bombardment of hospitals, use of deleterious and asphyxiating gases, and of explosive or expanding bullets, and other inhuman appliances, ill-treatment of wounded and prisoners of war and so on.

Regarding the degree of responsibility for these offences attaching to particular members of the enemy forces, the Commission held that 'there are grave charges that must be brought and investigated by a court against a number of persons', and that 'there is no reason why rank, however exalted, should in any circumstances protect the holder of it from responsibility when that responsibility has been established before a properly constituted tribunal', which 'extends even to the case of heads of state'. Although the members of the Commission were aware of the alleged immunity and inviolability of a state sovereign, they considered that 'this privilege, where it is recognized, is one of practical expedience in municipal law, and is not fundamental'; moreover, an immunity of such 'would involve laying down the principle that the greatest outrages against the laws and customs of war and the laws of humanity, if proved against him, could in no circumstances be punished', conclusion which would 'shock the conscience of civilized mankind'. Therefore, the Commission stated that the persons belonging to enemy forces, however high their position may have been, without distinction of rank, including Chief of States, who have been found guilty of offences against the laws and customs of war or the laws of humanity, are liable to criminal prosecution.

In what regards the constitution and procedure of an appropriate tribunal, the Commission establishes, first of all, two classes of culpable acts: acts which provoked the world war and accompanied its inception (in respect of which the Commission advises not to be charged against their authors and made the subject of proceedings before a tribunal), and violations of the laws and customs of war and the laws of humanity. For the trial of the charges related to these violations, the Commission recommended the establishment of a high tribunal, who would apply in its proceedings 'the principles of the laws of the nations as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity and from the dictates of public conscience' (a provision that appeared in the second half of the nineteenth century, as a residual provision in the Conventions related to the laws and customs of war, generally known as the 'Martens clause'). The tribunal would have had the power to determine its own procedure, to pronounce sentences to such punishments as may be imposed for similar offences by any court in any of the 12 states represented in the tribunal (The United States of America, the British Empire, France, Italy, Japan, Belgium, Greece, Poland, Portugal, Romania, Serbia and Czecho-Slovakia), or in the country of the convicted person. For the purposes of selecting the cases for trial before the tribunal, directing and conducting the prosecutions and so on, a Prosecuting Commission composed of five members would have been established (one from each of the five states who were also each appointing three members in the tribunal, namely the USA, the British Empire, France, Italy and Japan). The Prosecuting Commission and the Tribunal were going to have priority over the national courts in dealing with the offenders. Thus, the Commission recommended to the Paris Peace Conference not only the establishment of a high tribunal according to these suggestions, but also the inclusion in the peace treaty of certain provisions that would ensure, among others, the recognition by the enemy governments of the jurisdiction of the national courts and of the high tribunal, the exclusion from amnesty of the alleged perpetrators and their surrender to be

tried, the adoption by each of the Allied and Associated governments of such legislation as may be necessary in order to support the jurisdiction of the international court, and to assure the carrying out of its sentences (every belligerent had the power and authority to try the individuals allegedly guilty of the crimes established by the Commission, if they have been taken prisoners or have otherwise fallen within its power, and also had the power to set up, pursuant to its own legislation, an appropriate tribunal, military or civil, for the trial of such cases). In this sense, the Commission even drafted a set of provisions to be included in the peace treaties with the enemy countries[2].

The provisions regarding responsibility in the Treaty of Versailles

Although much expert research had been undertaken on the topics the Paris Peace Conference (officially held between January 18, 1919 and January 21, 1920) had to deal with, little thought had been given to the actual organization and procedure of the conference itself, and issues have been decided following a rather pragmatic approach, to decide upon them as and when they proved ready for discussion, which determined the main political settlements to have been reached in detail 'by a piecemeal process and not according to an overall design and plan'[3].

In what concerns the issue of responsibility, due to significant disagreement within the Commission itself regarding the appropriateness of the creation of an *ad hoc* High Tribunal (two of the five main states involved only adopted the Report of the Commission under their specific reservations, namely the USA[4] and Japan[5], states who shared the view that the prosecution of the perpetrators of international crimes should be dealt with before domestic courts alone), the Allied Powers did not follow the recommendations of the Commission[6] when it came to drafting the peace treaty. Not fully, we would appreciate, yet completely ignoring the creation of an international court to deal with the proposed offences.

Nevertheless, the Treaty of Versailles (June 28, 1919) addressed the issue of responsibility in two different manners: individual responsibility, which discusses in Part VII, regarding Penalties, and the influence of the Commission is quite obvious in the adopted provisions, and state responsibility, in Part VIII, regarding Reparations, 'one of the most contentious issues of the peace conference'[7].

In what concerns penalties, Article 227 of the peace treaty states that the Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties. In this sense, a special tribunal (composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan) was going to be constituted to try the accused, and, in its decision, the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality (also, it will be the duty of this tribunal to fix the punishment it deems appropriate). Also, the peace treaty provides that the German Government recognizes the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the

[2] *Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War*, March 29, 1919, Annex IV
[3] John Ashley Soames Grenville, Bernard Wasserstein (eds.), *The Major International Treaties of the Twentieth Century: A History and Guide with Texts*, Vol. I, Routledge, 2001, p. 88
[4] *Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War*, March 29, 1919, Annex II
[5] *Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War*, March 29, 1919, Annex III
[6] Ciara Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes: Selected Pertinent Issues*, Springer, 2008, p. 95
[7] J. A. S. Grenville, B. Wasserstein, *op. cit.*, p. 91

laws and customs of war, and such persons shall, if found guilty, be sentenced accordingly (provision which will apply notwithstanding any proceedings or prosecution before a tribunal in Germany or in the territory of her allies). Moreover, the German Government was to hand over to the Allied and Associated Powers all persons accused of having committed an act in violation of the laws and customs of war[8], and the persons guilty of criminal acts against the nationals of one of the Allied and Associated Powers were going to be brought before the military tribunals of that Power[9]. What remained of the proposals of the Commission regarding the establishment of an international court is the provision that persons guilty of criminal acts against the nationals of more than one of the Allied and Associated Powers were going to be brought before military tribunals composed of members of the military tribunals of the concerned states[10], which is, in fact, one of the proposals of the United States during the debates in the Commission, argued for in the formulated reservations[11].

It is fair to assess, therefore, that the Treaty of Versailles marks an important step in the establishment of the concept of individual responsibility for international crimes, recognizing that individuals can be held individually criminally responsible for acts in violation of the laws and customs of war under international law[12]. Some clarifications are necessary, especially in what concerns Article 227 and the subsequent 'supreme offence against international morality and the sanctity of the treaties' committed by the German ex-Emperor. First of all, the violation of the rules regulating the conduct of war - since the end of WWI known as 'war crimes' - may very well be committed by private persons, unlike other categories of norms, that can only be committed as acts of state (for instance, in contemporary law, norms prohibiting resort to war). Second of all, the 'offense' imputable to the German ex-Emperor referred in the first instance to the violation of Germany's obligation to respect the neutrality and of Belgium and Luxemburg. Thirdly, this particular norm of conventional international law, Article 227 of the Treaty of Versailles, was based on the presumption that an individual, clearly determined by this norm, had, in his capacity as head of state, 'violated international morality and international law, and it provided that an international tribunal should inflict a penalty, to be determined by the tribunal itself, on this individual'[13]. Hence, this provision turned, for this particular case, the norms of international morality into legal norms, attaching to the violation of the rules of international morality a penal sanction and, in addition, it attached to the violation of certain treaties an individual penalty. From all of these results that 'Article 227 made an individual responsible for a violation of rules of international law which he committed in his capacity as organ of a state', and, moreover, it 'imposed criminal responsibility for violations of international law upon an individual, with retroactive effect'[14], since these norms were not yet norms of international law at the time the invoked offences were committed. In the words of Hans Helsen: 'the norms of international law, the violation of which Article 227 of the Treaty of Versailles declared to be punishable offences, did not establish any individual responsibility'; 'the violations of law for which William II was made responsible had the character of acts of state'; 'the norms of international law, the violation of which the Treaty of Versailles declared as individually punishable, established the responsibility only of the state, and that means collective, not individual responsibility'. Basically, individual criminal responsibility for acts of state was only established with the

[8] *Treaty of Versailles*, June 28, 1919, Article 228
[9] *Ibidem*, Article 229
[10] *Ibidem*
[11] *Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War*, March 29, 1919, Annex II
[12] C. Damgaard, *op. cit.*, pp. 96-97
[13] Hans Kelsen, *Principles of International Law* (1952), reprinted by The Lawbook Exchange, Ltd., 2003, p. 132
[14] *Ibidem*

consent of the state for whose acts individual criminal responsibility was established, consent which Germany gave by ratifying the peace treaty, consent which was 'essential'[15]. Although the states' representatives at the Paris Peace Conference disregarded the proposal of not criminally sanctioning the acts that provoked the world war and accompanied its inception, such as the premeditation of a war of aggression and the invasion of states with a guaranteed neutrality, they did, however, in the text of the peace treaty, provide for the creation of a tribunal to deal with the 'supreme offence against international morality and the sanctity of the treaties' committed by the German ex-Head of State.

In what concerns Germany's responsibility for the war as a state, Part VIII of the peace treaty, regarding Reparations, included from the very beginning the provision according to which 'the Allied and Associated Governments affirm and Germany accepts the responsibility of Germany and her allies for causing all the loss and damage to which the Allied and Associated Governments and their nationals have been subjected as a consequence of the war imposed upon them by the aggression of Germany and her allies'[16], provision commonly referred to as the 'war-guilt clause'. Although, more than any other clause in the treaty, it was to cause lasting resentment in Germany, it was inserted in order to provide a clear basis on which reparations could be exacted, and to limit the overall sum[17], therefore to justify the collection of reparations[18]. In fact, no other issue caused more acrimony among the states present at the negotiations than the issue of reparations. While accepting a peace based on President Wilson's Fourteen Points, including the French definition of the terms on which restoration should be made, the Germans did agree to pay compensation for the damages caused, yet how the damage was to be assessed and whether Germany was supposed to pay for all of it were issues subjected to the debates and interpretation of the participants in the peace talks[19]. Therefore, at the time of the signing of the armistice, and even in the spring of 1919, the German public assumed that they could expect a relatively tolerable peace settlement, despite the territorial losses it involved, since the armistice negotiations were based on Wilson's Fourteen Points, considered by the German diplomats to be a binding prerequisite of international law for the impending peace negotiations[20], expressing a 'statement of American ideals and aspirations'[21], 'a post-war international structure that would translate (Wilson's - A/N) preferences for a democratic order into specific programs of action'[22].

At the Peace Conference, the discussions regarding reparations proved to be extremely difficult: establishing a too large amount could have led Germany not to sign the treaty, and one within Germany's reasonable capacity to pay was very likely not to satisfy the public opinion in France and in the British Empire, on which prime ministers Clemenceau and Lloyd George were depending[23]. In this context, the USA tried to limit Germany's liability, basing it rather on its ability to pay than on the total amount of the allies' claims; to this purpose, the American representative in the Reparations Commission proposed that a formula be adopted

[15] *Ibidem*, pp. 132-133
[16] *Treaty of Versailles*, June 28, 1919, Article 231
[17] Ruth Henig, *Versailles and After, 1919-1933*, Second Edition, Routledge, 1995, p. 21
[18] Louise Chipley Slavicek, *The Treaty of Versailles*, Infobase Publishing, 2010, p. 19
[19] R. Henig, *op. cit.*, pp. 20-21
[20] Wolfgang J. Mommsen, *Max Weber and the Peace Treaty of Versailles*, in *The Treaty of Versailles: A Reassessment after 75 Years*, eds. Manfred F. Boemeke, Gerald D. Feldman, Elizabeth Glaser, Digitally Printed Edition, Cambridge University Press, 2006, p. 536
[21] Norman A. Graebner, Edward M. Bennett, *The Versailles Treaty and Its Legacy The Failure of the Wilsonian Vision*, Cambridge University Press, 2001, p. 23
[22] *Ibidem*, p. 12
[23] J. A. S. Grenville, B. Wasserstein, *op. cit.*, p. 91

requiring Germany to admit a moral and theoretical responsibility for the entire cost of the war, while accepting an actual liability only for civilian damage (except for the case of Belgium, the neutrality of which had been breached, and which was to receive her full war costs)[24], and this is the formula incorporated in the Treaty of Versailles.

The outcomes of the Treaty of Versailles regarding responsibility

The wording of Article 231 ('the war-guilt clause'), despite the fact that it wasn't intended to be considered by itself, but only to justify the collection of reparations, was 'ill-considered', and contributed to the undermining of the treaty's credibility[25], this portrayal of Germany as 'the war's villainous instigator' leading to enormous resentment among Germans (starting with the 1920's, more and more scholars began to question the claim made by the Paris Peace Conference that the conflict had been 'imposed' by the German aggression)[26]. It is very possible, though, that Germany would have resented any treaty dictated by the Allies, even one with more lenient terms[27]. Max Weber pessimistically, yet righteously noted in 1919 that 'if, apart from the compensation of Belgium, Germany is to pay reparations under the pretence of damages caused by war and thus by actions of both parties, then every last working man in Germany, who is aware of this, will become a revisionist'[28].

In what concerns individual responsibility as established in the Treaty of Versailles, although it would be fair to say that the American vision won, against the proposals regarding the establishment of an international tribunal to deal with the violations of the laws and customs of war. However, no military tribunals were ever set up in accordance with the specific provisions of the peace treaty, and the set up of a tribunal to deal with the 'supreme offence against international morality and the sanctity of the treaties' committed by the former German Emperor became obsolete once Netherlands refused to extradite him, on grounds that this offence charged against him had a political nature, and was, thus, not punishable under Dutch Law. Also, although the Allies and the Associated governments did submit lists of alleged war criminals to be brought to trial, Germany refused to extradite its own nationals, deciding, instead, to leave the matter in the hands of the German Supreme Imperial Court, the Reichsgericht, who conducted a series of trials in Leipzig, acquitting six of the 12 (out of 45 alleged criminals listed by the Allies) persons brought to justice[29]. In what regards the sanctions, suffice it to mention that the highest one was of four years of imprisonment, for sinking a hospital-ship, followed by attacking the survivors in the lifeboats. When the Allied Commission took notice of this result, while monitoring the trials, it recommended that no further cases should be brought in front of the Leipzig Court, and that the provisions of the Treaty of Versailles should be used instead, yet no further cases were prosecuted at all. Despite the disappointing outcome of the Leipzig trials, the fact that they were even held constitutes additional evidence of the existence of the principle of individual criminal liability for war crimes under international law[30], and the facts that similar trials took place also in other countries that participated in the WWI (such as Turkey) supports this thesis even more.

[24] R Henig, *op. cit.*, p. 21
[25] J. A. S. Grenville, B. Wasserstein, *op. cit.*, p. 91
[26] L. C. Slavicek, *op. cit.*, p. 19
[27] Corona Brezina, *The Treaty of Versailles, 1919: A Primary Source Examination of the Treaty That Ended World War I*, The Rosen Publishing Group, Inc., 2006, p. 47
[28] Stefan Wolff, *The German Question since 1919: An Analysis with Key Documents*, Praeger Publishers, 2003, p. 21
[29] C. Damgaard, *op. cit.*, p. 96
[30] *Ibidem*, p. 97

The adoption through an international treaty of provisions regarding individual criminal liability under international law (for the first time) is in itself of utmost importance, and the according principle has been continuously developed since the end of WWII, starting with the London Charter of the Nuremberg International Military Tribunal (1945). Nowadays, international criminal law has gained its well-deserved place, as several institutions and mechanisms are working continuously on its further development.

ACKNOWLEDGEMENT: This paper is supported by the Sectoral Operational Programme Human Resources Development (SOP HRD), financed from the European Social Fund and by the Romanian Government under the contract number POSDRU/159/1.5/S/133675.

Bibliography:

1. *Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War*, March 29, 1919
2. *Treaty of Versailles*, June 28, 1919;
3. Brezina, Corona, *The Treaty of Versailles, 1919: A Primary Source Examination of the Treaty That Ended World War I*, The Rosen Publishing Group, Inc., 2006;
4. Damgaard, Ciara *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes: Selected Pertinent Issues*, Springer, 2008;
5. Graebner, Norman A., Edward M. Bennett, *The Versailles Treaty and Its Legacy The Failure of the Wilsonian Vision*, Cambridge University Press, 2001;
6. Grenville, John Ashley Soames; Bernard Wasserstein (eds.), *The Major International Treaties of the Twentieth Century: A History and Guide with Texts*, Vol. I, Routledge, 2001;
7. Henig, Ruth, *Versailles and After, 1919-1933*, Second Edition, Routledge, 1995;
8. Kelsen, Hans, *Principles of International Law* (1952), reprinted by The Lawbook Exchange, Ltd., 2003;
9. Mommsen, Wolfgang J., *Max Weber and the Peace Treaty of Versailles*, in *The Treaty of Versailles: A Reassessment after 75 Years*, eds. Manfred F. Boemeke, Gerald D. Feldman, Elizabeth Glaser, Digitally Printed Edition, Cambridge University Press, 2006;
10. Slavicek, Louise Chipley, *The Treaty of Versailles*, Infobase Publishing, 2010;
11. Wolff, Stefan, *The German Question since 1919: An Analysis with Key Documents*, Praeger Publishers, 2003.

JUDICIAL CONTROL AND JUDICIAL CONTROL ON BAIL IN LIGHT OF THE PROVISIONS OF LAW NO. 135/2010 THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

Gina Negruţ, PhD Student, "Titu Maiorescu" University of Bucharest

Abstract: Compared to the provisions of the Code of Criminal Procedure. above, where the legislature has provided two alternative ways of achieving provisional release, i.e. release pending trial and bail, now we find that by the provisions of Law no. 135/2010 on the Code of Criminal Procedure, the non-custodial preventive measures have undergone some changes which have complemented efforts of the Romanian legislature to diversify the types of preventive measures that can be arranged during trial.

Keywords: principle of separation of judicial functions, the participants in the criminal case, preventive measures, judicial control, judicial control on bail.

1. General considerations

In the provisions of Law no. 135/2010 on the Criminal Procedure Code[1] were introduced, along with classical principles (of finding the truth, of presumption of innocence, of the right to defense, of compliance with human dignity) new principles such as the right to a fair trial conducted into a reasonable period of separation of the judiciary functions in criminal proceedings, of the obligation of criminal action closely related to the subsidiary of opportunity, of the right to liberty and security, ne bis in idem, and in probation matters, of loyalty in obtaining evidence.

In line with the need to respect the highest international standards of criminal procedure or standards of the European Court of Human Rights[2], the provisions of art. 3 of the Code of Criminal Procedure governs the manner in which it is carried in the trial court following functions: of prosecution (through enforcement investigation and prosecutor), of dispose of the rights and freedoms during prosecution (by the judge of right and freedom), of verify the legality of sending or non-sending to trial (by the procedure of preliminary room) and judgment (by the courts). This separation of judicial functions is not materializing an organic concept of judicial separation, but it makes way for the exercise of judicial functions, which during criminal proceedings is incompatible with other judicial functions, exception to this rule making the legality function of sending or non-sending to trial that is compatible with the court.

Closely related to the exercise of these judicial functions, we should mention that unlike the previous regulation, the content of art. 29 Code of Criminal Procedure provides which are the distinct participants in criminal proceedings, namely: judiciary bodies, counsel, the parties, the main proceedings, subjects and other proceedings subjects. As judicial bodies, the legislature provided for in article 30 Code of Criminal Procedure, the following specialized state bodies performing judicial work: criminal investigation bodies, prosecutor, judge of the rights and freedoms, judge of preliminary room, and also courts, these having specific responsibilities regarding disposal of preventive measures.

2. Aspects of criminal procedural law concerning disposition of judicial control measure and judicial control on bail

[1] Published in the Official Gazette no. 468 from July 15th 2010

[2] Reason on the draft Code of Criminal Procedure, available online in www.just.ro

Unlike previous provisions of the Criminal Procedure Code, Law no. 135/2010 brings significant changes in the content of categories of preventive measures that may be ordered against a person when there is evidence or clues which show reasonable suspicion that a person has committed a crime and are necessary to ensure the proper conduct of the process criminal of preventing theft suspect or the defendant from prosecution or judgment or to prevent the perpetration of another crime. Thus, the categories of preventive measures that can be arranged are: detention, judicial control, and judicial control on bail, house arrest and preventive detention.

Regulation of the two institutions of criminal procedure, namely judicial control and judicial control on bail by the provisions of Law no. 135/2010 the Code of Criminal Procedure, changes de optic on the institutions of judicial control and on bail, respectively, which formerly applied only if the defendant was taken into custody in advance, following the currently popular French Code of Criminal Procedure[3], which governing judicial control as an alternative to preventive detention.

In terms of conditions for judicial disposition, they are provided by the provisions of art. 202 of the Criminal Procedure Code, namely: to be evidence or clues which show reasonable suspicion that a person has committed a crime; there is a cause which prevents the exercise of criminal action or criminal proceedings under Art. 16 Code of Criminal Procedure; to set in motion the prosecution for the offense for which there is reasonable suspicion that the defendant has committed it; prior hearing of the defendant in the presence of the lawyer chosen or appointed ex officio; judicial preventive measure is proportionate to the seriousness of the accusation to the defendant and judicial bodies to evaluate the preventive measure of judicial control would help ensure the normal course of criminal proceedings, to prevent the perpetration of other crimes and to prevent theft of the suspect or of the defendant in the prosecution or judgment.

Preventive measure of the judicial control may be ordered against the defendant, during prosecution, by the prosecutor and the judge of rights and freedoms, in preliminary proceedings room and by the judge of preliminary room, and during the trial, by the court of law, provisions in the art. 203 paragraph 2 of Law no. 135/2010 with the amendments set out in the provisions of Law no. 255/2013 for implementation of Law no. 135/2010 the Code of Criminal Procedure and for amending and supplementing certain acts which would be criminal procedure provisions[4].

Against conclusions by which the judge of rights and freedoms orders preventive measures, the defendant and the prosecutor may submit an appeal during the criminal investigation within 48 hours of ordering or, where appropriate, from the communication to judge of rights and freedoms which pronounced the conclusion appealed. Also, the accused and the prosecutor may appeal the decision within 48 hours of ordering or, where appropriate, from the communication against rulings by the judge of preliminary room who ordered on preventive measures.

Under the provisions of article 215 paragraph 1 Code of Criminal Procedure, as long as under judicial control**, the defendant must meet the following cumulative requirements**: to present to the prosecution body, to the judge of preliminary room or court whenever it is called; immediately inform the judicial authority who ordered or before which the case is,

[3] Art. 137 of the French Code of Criminal Procedure,, person prosecuted, presumed innocent, may be released. However, depending on the need to conduct a criminal investigation or detention can be forced to execute one or more measures of judicial review. If they are considered to be insufficient, it may order preventive custody ". Available online in www.adminet.com

[4] Published in the Official Gazette no. 515 from August 14th 2013

about moving the house; to report to the police assigned with the supervision by the judicial body that ordered the measure, according to the surveillance program drawn up by the police body or whenever is called.

Also, the judicial body which ordered the measure **may require the defendant** that during judicial control, to comply with one or more of the following obligations: not to exceed a certain limit, set by the judicial body, unless prior approval thereof; do not go to certain places set by the judicial body or move just in places determined by it; always wear an electronic monitoring; not return to the family home, to stay away from the injured party or family members, other participants in the crime, witnesses or experts or other persons appointed by the judicial body and not to communicate with them directly or indirectly, by any means[5]; not practice the profession or not work in pursuit of the offender; regularly communicate relevant information about its means of subsistence; be subject to control measures, care or treatment, especially for rehabilitation purposes; not to participate in sports or cultural events or other public gatherings; not to drive certain vehicles especially established by the judicial body; not hold, not use and not carry weapons; not issue checks. Supervision of compliance of the defendant of these obligations is for the institution, body or authority designated by the judicial body that ordered the measure.

If during the order of the measure of judicial control, the accused maliciously breach its obligations or there is reasonable suspicion of having committed a new offense to intentionally ordering the initiation of criminal proceedings against him, the judge of freedoms and rights, judge of preliminary room or court, at the request of the prosecutor or ex officio, may have to replace this measure with house arrest or preventive arrest, as provided by law.

The second way of judicial control is the judicial control on bail, which took over the former Code of Criminal Procedure both procedural provisions of the measure of obligation not to leave the city or the country, as well as provisions governing bail, as which may be ordered by the prosecutor to the defendant during the investigation, by the judge of preliminary room, in the preliminary procedure room or by court during the trial.

Order of measure of judicial control on bail is whether the general conditions of the arrangement of a preventive measure, i.e. evidence showing reasonable suspicion that the defendant had committed a crime; there is a case to prevent the initiation or pursuit of criminal proceedings as stipulated in Art. 16 Code of Criminal Procedure; was put in motion the criminal proceedings for the offense for which there is a suspicion that was committed by the defendant. Besides these general conditions of the arrangement of this measure, as if the house arrest disposition measure and preventive arrest have the conditions laid down by the legislature expressly and exhaustively in art. 223, paragraph 1 and 2 of the Criminal Procedure Code. Thus, according to article 223, paragraph 1 Code of Criminal Procedure for the measure of judicial control on bail, must be met one of the conditions, namely: the defendant fled or went into hiding in order to evade prosecution or trial, or made provision for any liable for such acts; defendant attempting to influence another party to the crime, a witness or an expert or destroy, alter, hide or to escape as evidence or to determine any person to take such behavior; defendant puts pressure on the injured person and try to make a fraudulent deal with it; reasonable suspicion that after the initiation of criminal proceedings against him, the defendant intentionally committed a new crime or is preparing to commit a new crime.

[5] This paragraph was amended by the provisions of section. 144 of article 102, Title III of Law no. 255 of 19 July 2013

Also, the measure of judicial control on bail against the defendant may be ordered, and if the evidence in the reasonable suspicion that he had committed a deliberate crime against life, a crime that has caused injury or death to persons, a crime against national security under penal Code and other special laws, a crime of drug trafficking, arms trafficking, human trafficking, terrorism, money laundering, counterfeiting or other values, extortion, rape, deprivation of liberty, tax evasion, assault, judicial outrage, a crime of corruption, a crime committed by means of electronic communication or other offense for which the law provides imprisonment of five years or more and, based on assessing the seriousness of the crime, the manner and circumstances of its commission, his entourage and the environment from which it comes, a criminal history and other circumstances relating to his person, it is found that deprivation of liberty is necessary to remove a condition of danger to public order.

We must mention that in comparison with the conditions of the arrangement of the preventive measure of judicial control, in the cause of judicial control on bail must be fulfilled **the same conditions that must be met for the order of the measure of house arrest or preventive arrest, according to Art. 223 Code of Criminal Procedure**, although as stated by the legislature by the provisions of article 202 paragraph 3 Code of Criminal Procedure, any preventive measure must be proportionate to the seriousness of the offense of the person against whom the accusation is made and necessary for achieving the goal of ordering it. Or if the measure of judicial disposition on bail, what differentiates the two measures, aims the deposit of a sum of money representing the amount of bail that the defendant is required to submit to the judicial body or constitute a collateral security or property within an amount determined in favor of the judicial body.

In fact, the last part of the text of Article 5, paragraph 3 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms provides that the release of a person detained may be **subject to a security deposit to ensure its presentation at trial,** basically, text of the Convention referring to the institution releasing a person "on bail". This guarantee needed to put the freedom of the person detained is not limited to an amount in cash, detention may be ordered when there is risk of absconding accused by the prosecution or the court. Also, the amount of bail must be assessed by the court, by reference to the resources of the defendant, in this respect, requiring assessment of damage caused by the offense alleged. On the other hand it is considered that the level of security to be lodged by the defendant is to ensure the accused presence at trial and damages in the amount of the bail conditions must relate both to the accused person, the financial resources, the links with the people asked to give bail[6].

In the Law no. 135/2010, regarding institution security, the novelty is the fact that, unlike the old regulation, it guarantees only the participation of the defendant in criminal proceedings, but also pays compensation for repairing damage caused by the offense and the fine. It is kept, also, in accordance with article 217, paragraph 3^7 Code of Criminal Procedure, the defendant's obligation as long as it is under judicial control to the obligations laid down in Article 215, paragraph 1 and 2 of the Criminal Procedure Code.

On the return of the security deposit prior to the changes we stated that the provisions of Law no. 281/2003 on amendment of the Criminal Procedure Code and some special laws[8]

[6] Corneliu Barsan, European Convention on Human Rights. Comment on articles, vol. I - Rights and freedoms Publishing CH Beck, Bucharest, 2005, p. 367-368

[7] This paragraph was amended by the provisions of section of article 48. 102, Title III of Law no. 255/2013

[8] Law no. 281/2003 (published in the Official Gazette. No. 468 of 1 July 2003) brought the amendment of Law no. 29/1968 on the Code of Criminal Procedure, published in the Official Bulletin No. 145-146 of November 12, 1968, republished in the Official Gazette No. 78 of April 30, 1997, now repealed by the entry into force of Law no. 135/2010 the Criminal Procedure Code, published in the Official Gazette. No. 486 of 15 July 2010, amended

bail shall be released when the prosecutor finds ordinance and the court is concluding that there were no grounds justifying preventive custody, in which case only court, by a finding could have found the lack of these grounds[9].

On the other hand, the provisions of article 217, paragraph 9 Code of Criminal Procedure provide that if during measure of judicial control on bail, the defendant violates in bad faith its obligations or reasonable suspicion of having committed a new offense to intentionally ordering the initiation of criminal proceedings against him, the judge of rights and freedoms and the judge of preliminary room or court, upon reasoned request of the prosecutor or ex officio, may have to replace this measure with house arrest or preventive arrest, as provided by law, in this case the court orders confiscation of bail by court and in other cases, the decision may order the return of bail. In this regard, it was determined that the payment of the bail previously set is prioritized to its seizure, even in the replacement measure of judicial control on bail with house arrest or preventive arrest[10].

We appreciate in this sense the failure to comply this principle of proportionality of preventive measures ordered according to the gravity of the offense committed by the defendant, and that in the same conditions that must be met, it can not be ordered a different preventive measure, although in terms of the provisions of article 211, paragraph 1 Code of Criminal Procedure, are met the general conditions of the arrangement of a preventive measure such judicial control, the same conditions being necessary also for the measure of judicial control on bail. We note also that according to Article 215, paragraph 7 Code of Criminal Procedure in the case of judicial control, if the defendant maliciously violate its obligations or reasonable suspicion of having committed a new offense to intentionally ordering the initiation of criminal proceedings against him, the judge of rights and freedoms of preliminary room or court judge, at the request of the prosecutor or ex officio, may have to replace this measure with house arrest or preventive arrest, as provided by law. And this is also inconsistent, since the need to respect the same principle of proportionality requires that in this measure, bad faith breach of the obligations incumbent on the defendant to have the bud by the preventive measure of judicial control on bail, and no preventive measure to house arrest or preventive detention, although according to an opinion[11], it is possible to replace judicial control and judicial control on bail with the detention measure that can be decided only during the criminal investigation by the prosecutor, operating the replacement actually a preventive measure with another preventive measure that is based upon the requirements of article 202, paragraph 1 Code of Criminal Procedure, as in criminal proceedings against a person can have only one preventive measure listed expressly limited by the legislature in article 202 paragraph 4 Code of Criminal Procedure.

Conclusions

---

the provisions of Law no. 255/2013 for implementation of Law no. 135/2010 the Code of Criminal Procedure and amending and supplementing certain acts which would be criminal procedure, published in the Official Gazette. No. 515 of August 14, 2013

[9] Ion Neagu, Treaty of Criminal Procedure, General Part II Edition, Legal Publishing House, Bucharest, 2010, p. 607; Anca Lelia Lorincz, Criminal Procedural Law - the legal changes made by Mica reform and references to provisions of the New Code of Criminal Procedure, Third Edition, Publishing House Law, Bucharest, 2011, p. 249

[10] The explanatory memorandum to the Act no. 135/2010 the Criminal Procedure Code, available online in www.cdep.ro

[11] See Mihail Udroiu, Criminal Procedure. General part. The new Criminal Procedure Code, Ed C. H. Beck, Bucharest, 2014, p. 549 and 573

Bringing together elements of preventive measures restricting freedom of the former Code of Criminal Procedure, namely the measure of obligation not to leave the city or country and provisional release under judicial control or on bail and according to the European Court of Human Rights, we find a qualitative leap in terms of the types of preventive measures that can be available during the trial, but at the same time we find that the desire to diversify the types of preventive measures and the need to establish different criteria for their application have been some violations of the principle of proportionality disposition of such action to the seriousness of the accusation of the person against whom a preventive measure is taken, i.e. the person accused. We believe that to these requirements, the extent of judicial control and judicial control on bail, in accordance with article 202 paragraph 4 Criminal Procedure Code, are provided as preventive measures, alternative to preventive arrest or home arrest, for which disposition conditions differ, the legislature expanding the possibility of their application by the judge of rights and freedoms and also by the judge of preliminary room, also emerging institutions in the Code of Criminal Procedure.

References:

- Corneliu Bîrsan, European Convention on Human Rights. Comment on articles, vol. I - Rights and freedoms, Publishing CH Beck, Bucharest, 2005
- Anca Lelia Lorincz, Criminal Procedural Law – with the legal changes made by Little reform and references to provisions of the New Code of Criminal Procedure, Third Edition, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2011
- Ion Neagu, Treaty of Criminal Procedure, General Part, Second Edition, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2010
- Mihail Udroiu, Criminal Procedure. General part. New Criminal Procedure Code, C. H. Beck Publishing House, Bucharest, 2014

RESHUFFLING COMPETENCES: EUROPEAN UNION'S ACTORS AFTER THE ECONOMIC CRISIS

Simona Catană, PhD Student, Universite Paris 8, France

Abstract: The economic crisis which begun in the United States of America, with the fall of Lehman Brothers, became a real "euro zone crisis" with the sovereign debts issue. When Greece acknowledged it had given false statistics about its deficit, the entire euro zone became a target for the financial markets, and the structural differences between the states sharing the euro suddenly became apparent. This flow of events triggered changes in the core structure of the European Union, with some actors assuming more competences than the Treaties had provided. In order to do so, the member states used both European law – with the "six-pack" and the "two-pack"- , but also international law, with the intergovernmental Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union. The Member states were thus willing to give more powers to the European Commission and the European Central Bank, and even founded a new financial organization – The European Stability Mechanism, in order to save the common currency and, by consequence, the entire project of the European Union.

Keywords: European Union, European Commission, European integration, European economic governance, TSCG.

Just like a "black swan event", as defined by Nassim Nicholas Taleb[1] in his theory, the financial crisis of 2007-2008 was not foreseen by neither the markets, nor the states. Yet, the signs were there. And while the crisis started in the United States of America, once it crossed the Atlantic, it became a "euro-zone crisis", endangering the common currency and, with it, the entire European project (I). The "European debt crisis" determined some significant changes in the structure of the European economic governance, with the key institutions gaining more powers. Thus, the European Council, the European Commission and the European Central Bank acquired more competences than they had been given in the Treaties (II).

I. The economic crisis

The "hindsight effect", known in social psychology, can account for the large number of economic and legal studies explaining *why* the crisis happened, after it happened. After the event had occurred, it becomes far more obvious in hindsight than beforehand. Moreover, "we often do not expect something to happen until it does. *Then* we suddenly see clearly the forces that brought the event about and feel unsurprised", says prof. David G. Myers[2]. Indeed, in the finance world too everything became obvious after the crisis: the high position in subprime-linked securities that banks had accumulated, the real-estate "bubble", with real estate prices pushed up to unsustainable high levels, the AAA rating the rating agencies gave to subprime-linked products, despite the high risks, and the danger of the innovative financial products, which previously had been barely regulated.

[1] TALEB Nassim Nicholas, *The Black Swan: the Impact of the Highly Improbable*, 2007, Penguin Books Ltd, London

[2] MYERS G. David, *Social Psychology*, 11th edition, 2012, McGraw-Hill, New York, cap. 1, page. 14

In the United States, in a continually growing real estate market, the banks started looking for new clients, even if that meant assuming more risks, since these particular borrowers had either no possessions to be used as securities in case of default, excessive debt, lower income, and/or history of missed or late payments. The volume of subprime and non-traditional lending rose sharply: from $105 billion in loans in 2000, to $188 billion in 2002 and then $310 billion in 2003[3]. The subprime mortgages came with higher and adjustable interest rates, but also with higher risks of default. These "toxic mortgages" were afterwards packed into complex financial products, named mortgage-backed securities, which banks sold to investors. The resulting content, mixed with state bonds, prime mortgages or other safer products, were then placed on the financial markets, rated by the rating agencies and re-sold to banks, which needed AAA rated securities to back up its capital requirements, since banks needed to guarantee their stability for the risks taken with loans and other types of investments[4]. Moreover, pension funds or assurance companies invested in these AAA rated products because of their creditworthiness, pushing even further the vulnerability of the system.

When the variable interest rates became too high for the borrowers to afford paying their mortgage and they defaulted in large numbers, the whole system collapsed. The investment banks, such as Merrill Lynch or Lehman Brothers were highly exposed to the flaws of the system. Thus, in September 2008, in the mist of the financial crisis, all five of the largest investment banks had closed down (Lehman Brothers), merged into new entities (Bear Stearns and Merrill Lynch) or converted to bank holding companies, under the supervision of the Federal Reserve (Goldman Sachs and Morgan Stanley)[5].

On the other side of the Atlantic, the European investment banks were also highly exposed to the subprime market in the United States. Moreover, the European commercial banks also had to face the European real estate bubbles. In Europe, from 1997 to 2007, prices in real estate increased in United Kingdom, Spain or Ireland far above those in the United States[6].

In Europe, the real estate bubble, combined with the financial crisis of 2007-2008 and the sharp contraction of the world economy prompted the governments to step up and bailout the banks. The state aids given to the financial institutions, as European governments tried to limit the impact of the crisis[7] led to an increase in the debt as percentage of GDP, shown in Appendix 1. Moreover, the banking crisis in the years 2009-2010 showed that Europe is not well equipped to resolve banking crisis, since the European Commission had to intervene and impose strict restructuring plans on the banks that received state aid[8]. However, in Europe the crisis was not really perceived as a dangerous enough situation. For the public opinion, the difficulties met by the banks in financing each other, in the context of a deep lack of mutual trust, didn't mean much, as the blocking of the interbank exchange market didn't translate

[3] The Financial Crisis Inquiry Commission, *Financial Crisis Inquiry Report. Final report of the National Commission on the causes of the financial and economic crisis in the United States,* January 2011, http://fcic-static.law.stanford.edu/cdn_media/fcic-reports/fcic_final_report_full.pdf , p. 11

[4] Gérard GOURGUECHON, « Les agences de notation », blogue de Jean Gadrey *Alternatives économiques*, p. 3, 17th January 2012, http://alternatives-economiques.fr/blogs/gadrey/files/agences-de-notation26p.pdf

[5] The Financial Crisis Inquiry Commission, *Financial Crisis Inquiry Report. Final report of the National Commission on the causes of the financial and economic crisis in the United States,* p. 154

[6] The Financial Crisis Inquiry Commission, *Financial Crisis Inquiry Report. Final report of the National Commission on the causes of the financial and economic crisis in the United States*, p. 158

[7] Nicolas de Sadeleer, "La gouvernance économique européenne: Léviathan ou colosse aux pieds d'argile?" *Revue Europe*, number 4, April 2012, etude 5

[8] DEWATRIPONT Mathias, NGUYEN Gregory, PRAET Peter and SAPIR Andre, Working Paper The role of state aid control in improving bank resolution in Europe, Bruegel Policy Contribution no. 2010/04

immediately into the real economy. The problems the main media channels rose at the time were linked to governments using public money to save irresponsible banks[9].

Soon enough, the financial markets realized they have been treating asymmetric economies of the euro area wrongfully as being similar. And the starting point to this second and consecutive European crisis was Greece, when the government led by George Papandreou admitted his country has been forging the statistics sent to the European Union and that, in fact, Greece's deficit was 12.7% of its GDP in 2009[10]. Moreover, it seems Greece has been doing this for quite some time, since it masked its growing sovereign debt in 2001, as the country needed to meet European Union requirements to join the euro. Greece used a contract with Goldman Sachs to swap debt issued by Greek government in dollars and yens for euros, using an historical exchange rate, a mechanism that allowed a reduction in debt. These swaps allowed the Greek government to circumvent the reporting rules of Eurostat and show a smaller debt than it really had[11].

The interest rates paid by the European states for 10 years government bonds tended to converge once the euro currency started being used in the years 2000s. In other words, having a common currency was considered enough by the investors as to lend the European governments at similar interest rates. But once Greece revealed its huge country debt and public deficit, the financial markets started treating differently the euro area countries. As a result, the credit rating agencies started a race in downgrading Greece, until the country reached the lower rating mark in 2011, becoming the lowest rated country in the world, according to the rating agency Standard and Poor's[12]. In the meantime, it was clear that Greece could no longer find capital on its own, on the financial markets, since the price it had to pay for the borrowings reached unsustainable levels (Appendix 2).

Furthermore, as rumours about a Greek default started spreading, other European countries became targets for the financial markets and saw their yields spread exploding (Appendix 2). Spain, Ireland[13] and Portugal ware also downgraded in several tranches by the three main rating agencies, Standard and Poor's, Moody's and Fitch[14]. Linked to these downgrades, the financial markets' response was swift: the interest rates asked for government bonds of these countries rose sharply. Soon enough, virtually all "weaker" perceived countries were targeted by the downgrades and thus these countries saw their borrowing costs rising (Appendix 3). Even the third economic power in the euro area, Italy,

[9] Schoutheete Philippe, « La crise et la gouvernance européenne », *Politique étrangère*, 2009/1 Printemps, p. 33-46. DOI : 10.3917/pe.091.0033

[10] The Economist, *A very European Crisis: Greece's sovereign-debt crunch*, February 4th 2010, http://www.economist.com/node/15452594

[11] DUNBAR Nicholas, MARTINUZZI Elisa, *Goldman Secret Greece Loan Shows Two Sinners as Client Unravels*, Bloomberg, March 6th, 2012, http://www.bloomberg.com/news/2012-03-06/goldman-secret-greece-loan-shows-two-sinners-as-client-unravels.html

[12] GEORGIOPOULOS George and BRANDIMARTE Walter, « Greece falls to S&P's lowest rated, default warned», *Reuters*, June 13th 2011, http://www.reuters.com/article/2011/06/13/us-greece-ratings-sandp-idUSN1312685920110613

[13] Le Monde, *Explosion de la dette de du déficit irlandais,* 30th September 2010, http://www.lemonde.fr/europe/article/2010/09/30/l-irlande-s-attend-a-une-explosion-de-son-deficit-public-en-raison-du-sauvetage-de-l-anglo-irish-bank_1417990_3214.html?xtmc=crise_euro&xtcr=140

[14] DONCEL L., ABELLAN L., *La deuda espanola desciende un peldano*, El Pais, le 29 avril 2010, http://elpais.com/diario/2010/04/29/economia/1272492002_850215.html

was downgraded[15] and reached the highest historical rates for its bonds – 7.8% in November 2011[16], a crisis which finally led to the resignation of Berlusconi government.

The crisis then begun its domino evolution, with public debts rising even more, accordingly to the higher prices the targeted European countries had to pay for their borrowings. As a result, with a higher public debt and deficit, these countries were no longer considered trustworthy and the yields rose even more.

II. The European actors after the crisis

As the crisis deepened, it became apparent that a new economic policy framework had to be developed. However, the treaties specifically prohibited the bailout of an European country, member of the euro zone. In the article 125 in the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) was set the so called "no bailout clause", where it was stated that "the Union shall not be liable for or assume the commitments of central governments, regional, local or other public authorities". Similarly, the member states "shall not be liable for or assume the commitments of central governments, regional, local or other public authorities"[17]. Nevertheless, the interpretation of 125 was different among the authors, some arguing that the prohibition of bailing out another member state was clear[18] and others considering the article 125 as being less constraining. For example, Jean Pisani-Ferry says that "there was never a no-assistance principle, but only (and rightly so) a no-coresponsibility" principle for public debts"[19]. The objective of this article was deterring the member states from excessive spending and keeping always open the option of allowing a member state to default, rather than be provided with financial assistance, in case of budgetary indiscipline.

Regardless of the interpretation of the provisions of the treaties, the member states were in a tough position once the Greece debt crisis aggravated and it became obvious that, without urgent assistance, the country would default. The first solution found was a purely intergovernmental one, by a series of bilateral loans between Greece and the euro are member states. In this particular case, the European Commission was charged with centrally pooling the loans and negotiating, together with the International Monetary Fund and the European Central Bank (the so called "troika"), the programme of structural reforms assumed by the Greek authorities[20].

This, however, was a temporary solution, and since the crisis begun extending to Ireland, Portugal, Spain and even Italy, the European Council entrusted the Council of the European Union (also known as the Council of ministers) with the creation of a European

[15] Le Monde, *S&P menace de baisser la note de l'Italie,* 24th May 2011 http://www.lemonde.fr/web/recherche_breve/1,13-0,37-1158833,0.html?xtmc=agence_de_notation&xtcr=59

[16] TYMKIW Catherine, *Italian bond yields back in the danger zone*, CNN Money, le 25 novembre 2011, http://money.cnn.com/2011/11/25/markets/bondcenter/italian_bond_yields/index.htm

[17] Official Journal of the European Union, *Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union*, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2010:083:FULL&from=FR

[18] RUFFERT Matthias, "The European debt crisis and European Union law" (2011) 48 *Common Market Law Review*, Issue 6, pp. 1777–1805

[19] PISANI-FERRY, Jean : Euro-area governance: what went wrong? How to repair it?, *Bruegel policy contribution*, No. 2010/05, http://hdl.handle.net/10419/45515

[20] Council of the European Union, *Statement by the Eurogroup,* 2nd May 2010, Brussels, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/100502-%20Eurogroup_statement-sn02492.en10.pdf

Financial Stability Facility (EFSF)[21]. Based on the article 122 TFEU, stating that financial assistance can be granted, under certain conditions, in case of severe difficulties met by a member state, the EFSF empowered the European Commission, on behalf of the European Union, to contract borrowings on the capital markets or with financial institutions. These funds could be later granted as financial assistance to the member state in need of capital, but only after submitting a draft economic and financial adjustment programme to the Commission.

The EFSF was itself a temporary mechanism, and to prevent further contagion of the crisis, the European Council called for the establishment of European Stability Mechanism (ESM). ESM was set to function as a permanent stability mechanism, similar to the way the International Monetary Fund works. Furthermore, the MES assumed the tasks fulfilled by the EFSF in providing financial assistance to euro area member states[22]. With MES fully functional, it was no longer the job of the European Commission of borrowing on the financial markets, on behalf of the European Union, the funds needed to bail out member states. And although this treaty was signed outside the legal framework of the European Union, as an intergovernmental treaty between the member states of the euro zone, it made use of the European Union institutions, stating that the European Commission and the European Central Bank were in charge with negotiating the economic policy conditionality attached to the financial assistance to the member state concerned. Furthermore, the Court of Justice of the European Union was entrusted with the jurisdiction over the disputes concerning the interpretation and application of this treaty.

However, the risk of contagion was too big to resume the budgetary surveillance only to the member states under financial assistance. As the Greek case showed, even the public deficit of a smaller country, in terms of gross domestic product (GDP) could jeopardize the stability of the entire euro area. And, as Spain case showed, even a sound budgetary policy could prove insufficient to prevent major threats to economic and financial discipline, if it is correlated with strong economic imbalances. Spain, for example, had a two percent GDP budget surplus in 2007 and in 2009 reached a 11% budget deficit. Under the provisions in place before the crisis, the European Commission could not call to attention the real estate credit boom in Spain, which involved budgetary risks, as many macroeconomic dimensions were exclusively in the responsibility of the member state. For this reason, the European Council – behaving again like having the power of legislative initiative, which in fact belongs exclusively to the European Commission – decides the establishment of another treaty, this one on the stability, coordination and governance (TSCG)[23]. And if TSCG is ratified after the same intergovernmental pattern as the MES and it is a treaty outside of the EU's legal framework, the European Union backed the TSCG with a set of five Regulations and one Directive (the "six-pack"), which entered into force in December 2001, and another set of two Regulations (the "two-pack", which entered into force on May 2013).

The "six-pack" and "two-pack" gave even more powers to the European Commission. These legal measures enforced the powers of budgetary surveillance and control. According to the Protocol no 12 TFEU, the reference values for the public deficit is 3%, and for the public debt – 60%. The Commission has to monitor the development of the budgetary

[21] Official Journal of the European Union, *Council Regulation (EU) no 407/2010 of 11 May 2010 establishing a European Financial Stabilisation Mechanism,* http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:118:0001:0004:en:PDF

[22] Treaty establishing the European Stability Mechanism (2012), http://www.european-council.europa.eu/media/582311/05-tesm2.en12.pdf

[23] Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (2012), http://european-council.europa.eu/media/639235/st00tscg26_en12.pdf

situation of the member states and identify the macroeconomic imbalances. In case a state does not fulfil the requirements, the Commission prepares a report, but taking into account the economic context ant the medium-term economic and budgetary position of the member state. If however the Commission considers that an excessive deficit exists, it informs the Council[24]. The reform brought by the "six-pack" is that the recommendations formulated by the Commission are deemed to be adopted by the Council unless it decides to reject the Commission's recommendations by qualified majority[25]. In other words, the "six-pack" fixed a problem of the Stability and Growth Pact, established in 1997, which was made obsolete by the actions of the member states, when they rejected a recommendation of the Commission to sanction Germany, when this country exceeded the deficit limit. However, the Commission can only get to tougher sanctions if the Council decides that the concerned member state didn't take any measure to correct its excessive deficit[26]. The ambiguous formula "the member state did not take effective action to correct its excessive deficit" gives enough space for negotiation to the Commission, whose ultimate objective is reaching consensus, and not inflicting sanctions.

Another change brought by the "six-pack" is that the Commission has even more surveillance powers in the case of the countries under financial assistance. Before the bailout programme starts, it is the Commission and the European Central Bank who evaluate the real needs of the state, even if the final, political decision remains in the responsibility of the Council. After the initiation of the programme, the Commission, together with the ECB, evaluates the implementation of the negotiated conditionality and of the structural reforms by the member state. And in this particular case of the states under a bailout programme, the Commission can send its representatives to carry out in the beneficiary member state "any technical or financial controls or audits that it considers necessary in relation to that assistance".

From the economic coordination perspective, the member states realized that a real monetary union needed more coherence and symmetry. In the European Semester, the member states have to coordinate their economic and budgetary policies. Again, the European Commission has an important role, since it is in charge with the evaluation of the structural reform policies of every member state, provides recommendations and monitors their implementation. And although the "six-pack" provides the procedure of applying sanctions to those member states which fail to take effective measures to correct excessive macroeconomic imbalances, the Commission's recommendations are "discussed" between member states' ministers, giving room for manoeuvre to the Commission, who can adjust its recommendation in correlation with the specific context of each member state. For example, France, although one of the initiators of the TSCG, repeatedly asked the Commission for more time to set its budget within the 3% of the GDP limit.

Conclusion

The member states gave the Commission and the ECB more powers in matters of budgetary surveillance and control. From now on, the Commission can evaluate the reform plans of the member states in the euro zone, and can even formulate recommendations in a country's budgetary plan. Nevertheless, it is the responsibility of each country to carry on the

[24] TFEU, art. 126

[25] **Official Journal of the European Union,** *Regulation (EU) no 1173/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on the effective enforcement of budgetary surveillance in the euro area*, art. 4, paragraph 2 and 3 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:306:0001:0007:en:PDF

[26] *Regulation (EU) no 1173/2011*, article 6, paragraph 1

structural reforms decided within the Council. In other words, even if a supranational institution, such as the Commission, has now more intrusive powers, the final, political decision remains in the hands of the member states, even if that means working together as an entirety. Like Luuk van Middelaar remarked, the states have after the crisis the growing conscience of belonging together, of the need to act together, as an entity[27], even if that means renouncing of some sovereignty prerogatives. And as the banking union is implemented, step by step, it will be interesting to see the evolution of another supranational institution, the European Central Bank, which will have increased powers over the European banking system, and the way the states will cope with this new challenge: another European institution having more powers that the member states intended to give it in the treaties.

References:

BARBERIS Nicholas, *Psychology and the Financial Crisis of 2007-2008*, August 2011, Yale School of Economics, http://faculty.som.yale.edu/nicholasbarberis/cp10.pdf

Council of the European Union, *Statement by the Eurogroup*, 2nd May 2010, Brussels, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/100502-%20Eurogroup_statement-sn02492.en10.pdf

DEWATRIPONT Mathias, NGUYEN Gregory, PRAET Peter and SAPIR Andre, Working Paper *The role of state aid control in improving bank resolution in Europe*, Bruegel Policy Contribution no. 2010/04

DONCEL L., ABELLAN L., *La deuda espanola desciende un peldano*, El Pais, le 29 avril 2010, http://elpais.com/diario/2010/04/29/economia/1272492002_850215.html

DUNBAR Nicholas, MARTINUZZI Elisa, *Goldman Secret Greece Loan Shows Two Sinners as Client Unravels*, Bloomberg, March 6th, 2012, http://www.bloomberg.com/news/2012-03-06/goldman-secret-greece-loan-shows-two-sinners-as-client-unravels.html

European Commission, *Six-pack? Two-pack? Fiscal Compact? A short guide to the new EU fiscal governance*, le 14 mars 2012, http://ec.europa.eu/economy_finance/articles/governance/2012-03-14_six_pack_en.htm

European Commission, « European Stability Mecanism », *Economic and Financial Affairs*, *http://ec.europa.eu/economy_finance/european_stabilisation_actions/esm/index_en.htm*

European Stability Mechanism, http://www.esm.europa.eu/about/index.htm

GEORGIOPOULOS George and BRANDIMARTE Walter, « Greece falls to S&P's lowest rated, default warned», *Reuters*, June 13th 2011, http://www.reuters.com/article/2011/06/13/us-greece-ratings-sandp-idUSN1312685920110613

GOURGUECHON Gérard, « Les agences de notation », blogue de Jean Gadrey *Alternatives économiques*, p. 3, le 17 janvier 2012, http://alternatives-economiques.fr/blogs/gadrey/files/agences-de-notation26p.pdf

Le Monde, *Explosion de la dette de du déficit irlandais,* 30th September 2010, http://www.lemonde.fr/europe/article/2010/09/30/l-irlande-s-attend-a-une-explosion-de-son-deficit-public-en-raison-du-sauvetage-de-l-anglo-irish-bank_1417990_3214.html?xtmc=crise_euro&xtcr=140

[27] MIDDELAAR Luuk van, *Le passage à l'Europe: Histoire d'un commencement*, Editions Gallimard, Paris, Janvier 2012

Le Monde, *S&P menace de baisser la note de l'Italie,* 24th May 2011 http://www.lemonde.fr/web/recherche_breve/1,13-0,37-1158833,0.html?xtmc=agence_de_notation&xtcr=59

MASSON Paul R., « Fiscal asymmetries and the survival of the euro zone », *Economie internationale*, 2012/1 n° 129, p. 5-29

MIDDELAAR Luuk van, *Le passage à l'Europe: Histoire d'un commencement*, Editions Gallimard, Paris, Janvier 2012

MYERS G. David, *Social Psychology*, 11th edition, 2012, McGraw-Hill, New York

Official Journal of the European Union, *Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union***,** http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2010:083:FULL&from=FR

Official Journal of the European Union, *Council Regulation (EU) no 407/2010 of 11 May 2010 establishing a European Financial Stabilisation Mechanism,* http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:118:0001:0004:en:PDF

Official Journal of the European Union, *Council Directive 2011/85/EU of 8 November 2011 on requirements for budgetary frameworks of the Member States,* http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:306:0041:0047:en:PDF

Official Journal of the European Union, *Regulation (EU) no 1173/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on the effective enforcement of budgetary surveillance in the euro area,* http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:306:0001:0007:en:PDF

Official Journal of the European Union, *Regulation (EU) no 1174/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on enforcement measures to correct excessive macroeconomic imbalances in the euro area,* http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:306:0008:0011:en:PDF

Official Journal of the European Union, *Regulation (EU) no 1175/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on amending Council Regulation (EC) no 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies,* http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:306:0012:0024:en:PDF

Official Journal of the European Union, *Regulation (EU) no 1176/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on prevention and correction of macroeconomic imbalances,* http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:306:0025:0032:en:PDF

Official Journal of the European Union, *Regulation (EU) no 1177/2011 of the European Parliament and of the Council of 8 November 2011amending Regulation (EC) no 1467/97 on speeding up and clarifying the implementation of the excessive deficit procedure,* http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:306:0033:0040:en:PDF

PISANI-FERRY, Jean : Euro-area governance: what went wrong? How to repair it?, *Bruegel policy contribution*, No. 2010/05, http://hdl.handle.net/10419/45515

RUFFERT Matthias, "The European debt crisis and European Union law" (2011) 48 *Common Market Law Review,* Issue 6, pp. 1777–1805

TALEB Nassim Nicholas, *The Black Swan: the Impact of the Highly Improbable*, 2007, Penguin Books Ltd, London

SADELEER Nicolas de, "La gouvernance économique européenne: Léviathan ou colosse aux pieds d'argile?" *Revue Europe*, numéro 4, avril 2012, etude 5

SCHOUTHEETE Philippe, « La crise et la gouvernance européenne », *Politique étrangère*, 2009/1 Printemps, p. 33-46. DOI : 10.3917/pe.091.0033

TYMKIW Catherine, *Italian bond yields back in the danger zone*, CNN Money, le 25 novembre 2011, http://money.cnn.com/2011/11/25/markets/bondcenter/italian_bond_yields/index.htm

The Wall Street Journal, *European Sovereign Credit Ratings*, 15th October 2012 http://online.wsj.com/article/SB10001424052970203914304576630742911364206.html

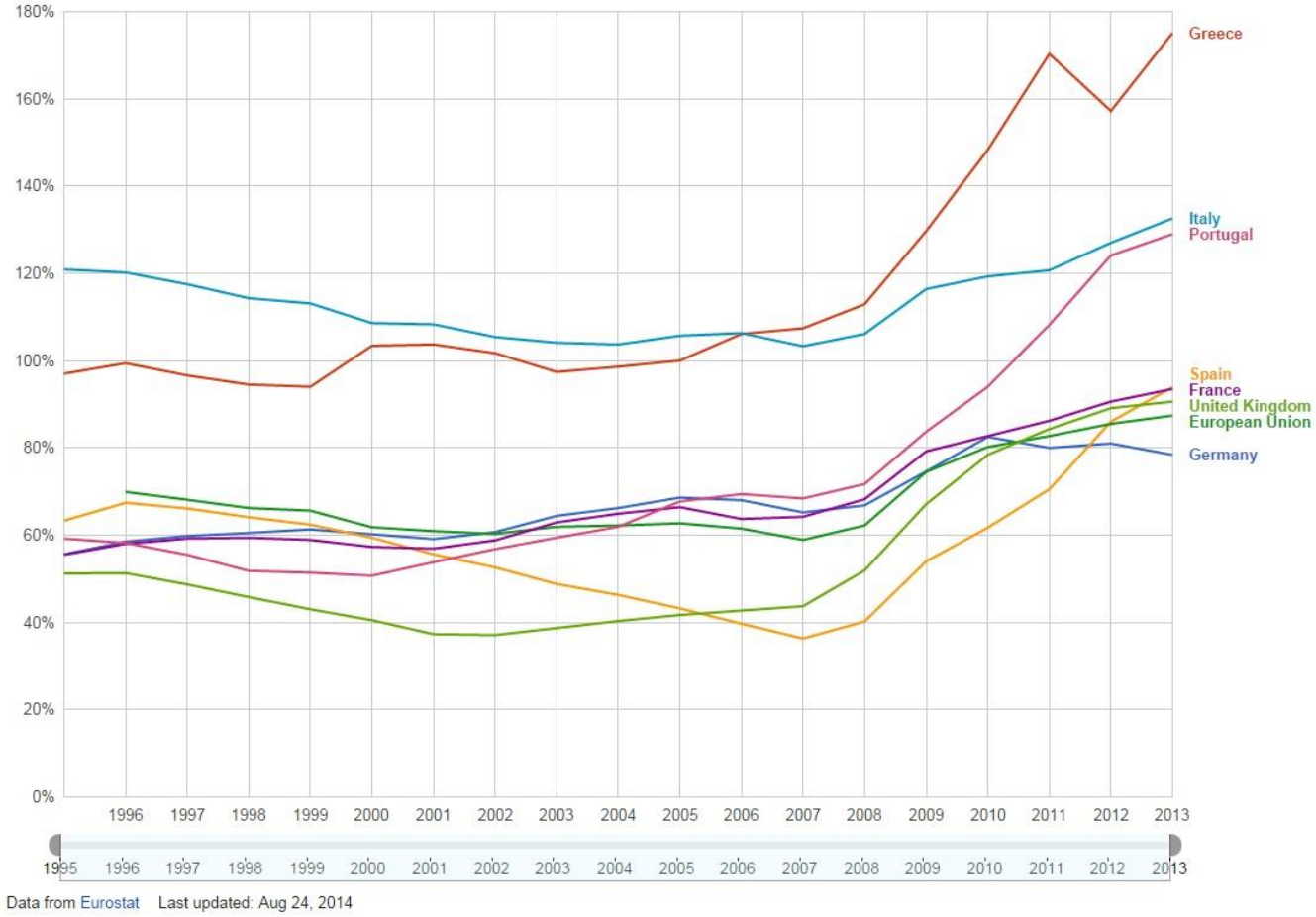
The Financial Crisis Inquiry Commission, *Financial Crisis Inquiry Report. Final report of the National Commission on the causes of the financial and economic crisis in the United States*, January 2011, http://fcic-static.law.stanford.edu/cdn_media/fcic-reports/fcic_final_report_full.pdf

The Economist, *A very European Crisis: Greece's sovereign-debt crunch*, February 4th 2010, http://www.economist.com/node/15452594

Treaty establishing the European Stability Mechanism (2012)**,** http://www.european-council.europa.eu/media/582311/05-tesm2.en12.pdf

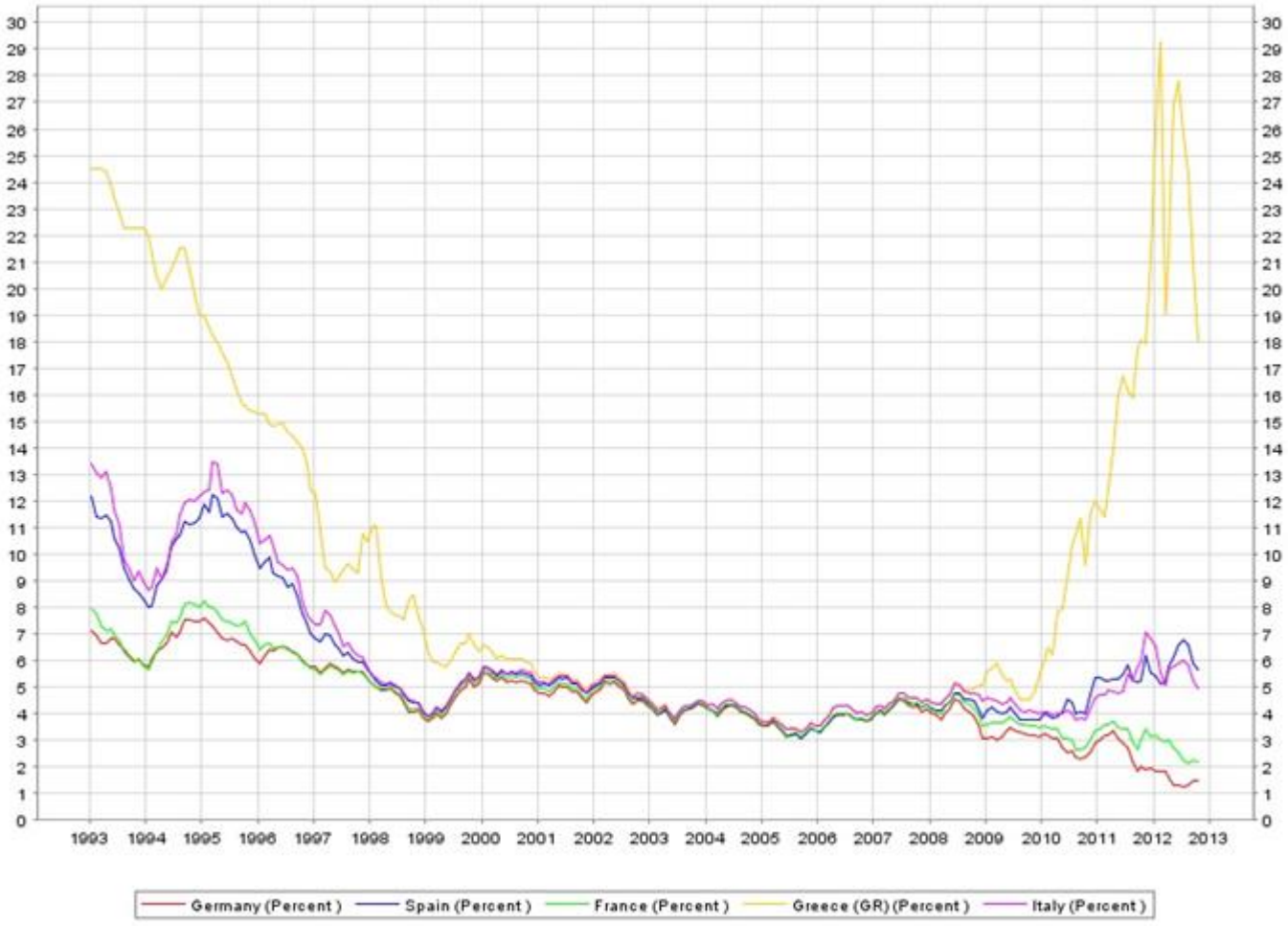
Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (2012), http://european-council.europa.eu/media/639235/st00tscg26_en12.pdf

Appendix 1



Government debt as percentage of GDP for Greece, Italy, Portugal, Spain, France, United Kingdom, Germany and the EU

Appendix 2



Yields spread for Germany, Spain, France, Greece and Italy
Source: European Central Bank

Appendix 3

Country	Moody's	Fitch	S&P
Austria	Aaa	AAA	AA+
Belgium	Aa3	AA	AA
Bulgaria	Baa2	BBB-	BBB
Cyprus	B3	BB+	BB
Czech Republic	A1	A+	AA-
Denmark	Aaa	AAA	AAA
Estonia	A1	A+	AA-
Finland	Aaa	AAA	AAA
France	Aaa	AAA	AA+
Germany	Aaa	AAA	AAA
Greece	C	CCC	CCC
Hungary	Ba1	BB+	BB+
Ireland	Ba1	BBB+	BBB+
Italy	Baa2	A-	BBB+
Latvia	Baa3	BBB-	BBB-
Lithuania	Baa1	BBB	BBB
Luxembourg	Aaa	AAA	AAA
Malta	A3	A+	A-
Netherlands	Aaa	AAA	AAA
Poland	A2	A-	A-
Portugal	Ba3	BB+	BB
Romania	Baa3	BBB-	BB+
Slovakia	A2	A+	A
Slovenia	Baa2	A-	A
Spain	Baa3	BBB	BBB-
Sweden	Aaa	AAA	AAA
United Kingdom	Aaa	AAA	AAA

The ratings given to the European countries by the Big Three

Source: The Wall Street Journal, European Sovereign Credit Ratings, 15th October 2012 http://online.wsj.com/article/SB10001424052970203914304576630742911364206.html

THE NECESSITY FOR THE EVOLUTION OF THE APPEAL IN THE INTEREST OF THE LAW AND FOR ESTABLISHING THE PRELIMINARY DECISIONS RELATED TO THE OBJECTIVE OF ACHIEVING AN EUROPEAN CIVIL CODE

Mariana-Daniela Sperilă (Crăciunescu), PhD, University of Craiova

Abstract: The issue regarding the opportunity of the adoption by the European Union institutions of a document of such a great scale, like the european civil Code, has atracted the interest of legal professionals, academic figures, EU and international institutions since the 1990's. The approaches in this direction were conducted at political, legal and economic levels or represented simple standpoints on the cultural plan. The uniformity of law becomes important at European level by adapting the laws of each member state with the basic principles of european legislation. An european civil codification can hardly be designed as a compilation of legal rules imposed to the member states, because such a variant could never be accepted. On the contrary, it should be derived from such an uniformity of legislation in the member states that not only allows the coding, but imposes it as a necessity. In the Romanian legal system, the High Court of Cassation and Justice has a primary role in adapting the national law to the exigencies of the european law, as it is the only institution at the national level entitled to deal with the unification of the jurisprudence by sentencing the decisions regarding the appeal in the interest of the law, and recently, by sentencing the preliminary decisions for solving some legal issues. In this regard, the existence and development of a continuous and constant jurisprudence at national level contributes to a better understanding and application of the european law, and this leads to uniformity of the law at an european level and, why not, a possible future european civil codification.

Keywords: European Civil Code, legislation harmonisation, national jurisprudence, appeal in the interest of law, preliminary decisions.

1. Codul civil european – deziderat al lumii europene de astăzi

Ideea unei legislaţii unice europene nu este de factură recentă, ci ea apare odată cu ideea unei Europe unite, idee care deşi este din timp pregătită prin literatură (mitul Europei din mitologia greacă, ori idei ce datează încă din 1960) şi filosofie (lucrări precum cele ale lui Jean Jacques Rousseau, Immanuel Kant ori Abbe de Saint Pierre), îmbracă forme concrete abia după sfârşitul celui de-al doilea război mondial, când condiţiile economice şi politice au permis un asemenea demers.

1.1. Percepţia conceptului de cod de către lumea europeană

Conceptul de cod a fost explicat la nivelul doctrinei ca fiind "un ansamblu de texte juridice cu caracter normativ, sistematizat, coerent şi complet"[1]. Codurile se întâlnesc încă din antichitate, când s-a recurs la codificare pentru a elimina dispersia normelor şi pentru a asigura accesul destinatarilor la cunoaşterea regulilor de drept, obţinându-se astfel o respectare mai eficientă a normelor. De cele mai multe ori, ideea de codificare poartă o ideologie naţionalistă, de unificare a poporului căruia i se adresează. În doctrină, s-a afirmat că "procesul de codificare constituie un element important în dezvoltarea naţionalismului

[1] Dunand, J.Ph., Winiger, B., *Le Code civil francais dans le droit europeen*, Actes du colloque sur le bicentenaire du Cod civil francais organise a Geneve les 26-28 fevrier 2004, Ed. Bruyllant, Bruxelles, 2005, p. 3.

juridic"[2], acest aspect fiind demonstrat de atitudinea statelor în curs de formare sau de consolidare de a prelua modelul de cod civil francez. Nici ţara noastră nu face excepţie şi, în 1864 adoptă Codul civil, de o evidentă inspiraţie franceză, în ideea că unificarea politică nu poate fi desăvârşită decât prin adăugarea la aceasta a unificării legislative.

În ceea ce priveşte dreptul Uniunii Europene, intenţia realizării unei legislaţii unice la nivel european a fost comunicată încă de la începutul apariţiei construcţiei europene, însă în termeni largi, care să nu îngrijoreze statele membre, preocupate de păstrarea suveranităţii. Abia în anul 2001, pe fondul întăririi relaţiilor economice dintre statele membre, Comisia Europeană exprimă în mod clar dorinţa începerii lucrărilor la Codul civil european, însă în anul 2003, consecinţă a ostilităţii cu care a fost primită ideea, anunţă intenţia de a limita ambiţia legislativă la un Cod european al contractelor. Problematica oportunităţii adoptării de către instituţiile Uniunii Europene a unui document juridic de o asemenea anvergură, cum este un Cod civil european, care să asambleze, total sau parţial, elemente de drept civil, a atras, începând cu anii 1990, interesul juriştilor, personalităţilor universitare, instituţiilor comunitare şi internaţionale. Demersurile în acest sens s-au derulat la nivel politic, juridic, economic sau au reprezentat simple luări de poziţie pe plan cultural. Ceea ce au în comun toate acestea este faptul că au permis dezbateri la toate nivelurile, pornind de la atitudini optimiste şi entuziaste, ori incerte şi îndoielnice, până la poziţii total potrivnice.

În special, vocea franceză a fost cea care a adus cele mai multe argumente împotriva adoptării unei legislaţii unice la nivel european, invocând istoria Franţei, ori succesul economic de care se bucură sistemul common law, unde o codificare a reglementărilor civile nu există nici măcar în faza incipientă a discuţiei. Aceştia susţin că diversitatea reglementărilor juridice nu reprezintă un neajuns, ci, dimpotrivă, constituie un factor de dinamism şi de păstrare a unei reale concurenţe în afaceri[3]. De altfel, doctrina franceză a ajuns la concluzia că odată încorsetat într-un cod, dreptul s-a rigidizat, pierzându-şi din supleţe, considerând că " în zilele noastre, codurile nu fac decât să ne împovăreze prin formulările lor...". [4]

Pe de altă parte, susţinătorii Codului civil european se bazează pe ideea conform căreia o piaţă unică europeană are nevoie de o legislaţie unică, menită a înlătura orice fel de obstacol în calea liberei circulaţii a bunurilor, a serviciilor şi a capitalului, aceasta fiind, de altfel, o condiţie indispensabilă în vederea perfecţionării relaţiilor patrimoniale. Se apreciază, de asemenea, că o codificare de acest gen va face posibilă şi egalitatea individului, ca subiect de drept, în relaţia cu instituţiile de drept european. Cele mai noi argumente în susţinerea ideii invocă şi evoluţia tehnologiei de comunicare, în speţă posibilităţile puse la dispoziţie de internet comerţului electronic, dar şi introducerea monedei unice, care a facilitat schimburile la nivel comunitar.

De altfel, se observă la nivel european o preocupare aparte pentru îmbunătăţirea legislaţiei europene şi o tendinţă de a sintetiza normele europene edictate şi de a le actualiza în permanenţă pentru a corespunde noilor nevoi sociale şi economice. Astfel, apare firesc ideea de codificare, menită a elimina ambuteiajul legislativ, lacunele inevitabile ce apar în conţinutul normelor juridice şi specializarea tot mai mare a acestora.

Având în vedere rapiditatea cu care se dezvoltă relaţiile economice şi sociale în spaţiul european, necesitatea modificării frecvente şi chiar înlocuirii unor acte legislative, dar şi

[2] Cabrillac, R., *Les codifications*, PUF, coll. Droit, ethique, societe, Paris, 2002, p. 171.
[3] Heuzé, V., *L'Europe désenchantée*, JCP G 2005, I, p 157; Lequette, Y., *Du Code civil européen à la révision de l'acquis communautaire: quelle légitimité pour l'Europe?*, L'amorce d'un droit européen du contrat (La proposition de directive relative aux droits des consommateurs), sous la direction de Mazeaud, D., Schulze, R. Et Wicker, G., SLC, 2010, p.185; http://www.thejcl.com/pdfs/legrand.pdf
[4] Oppetit, B., *Essai sur la codification*, PUF, coll. "Droit, ethique, societe", Paris, 1998, p. 66.

faptul că "de cele mai multe ori codurile reprezintă trecerea de la o societate învechită la o alta nouă, dornică de evoluţie şi dezvoltare"[5], discuţiile asupra unui Cod civil european devin din ce în ce mai prezente, iar Codul se pare că este din ce în ce mai râvnit. Acest Cod reprezintă, de fapt, o propunere a armonizării dreptului privat la nivelul Uniunii Europene, pornind de la o unificare a dreptului contractelor, având în vedere faptul că dezvoltarea actuală a relaţiilor interumane se fundamentează preponderent pe raporturile patrimoniale.

1.2. Importanţa codificării la nivel european

Evoluţia regulilor de drept, în general, are ca fundament schimbarea realităţilor sociale ce atrag după ele necesitatea rectificărilor sau schimbărilor la nivelul realităţii normate[6], iar efervescenţa vieţii cotidiene implică transformări dintre cele mai diverse. La nivel european, de pildă, în ciuda succesului pe care îl cunoaşte piaţa unică, comerţul transfrontalier se confruntă şi astăzi cu multe obstacole, majoritatea cauzate de reglementările diferite cuprinse în legislaţiile naţionale, în special în materia vânzării. Acestea au ca efect creşterea costurilor şi ivirea complicaţiilor în momentul executării tranzacţiilor transfrontaliere, astfel că, pe de o parte, comercianţii sunt descurajaţi şi pierd şansa de a obţine un profit mai mare încheind tranzacţii intracomunitare, iar pe de altă parte, consumatorii nu au acces la o ofertă mai bogată, cu preţuri implicit mai mici. O perfecţionare a normelor care privesc acest domeniu ar putea să conducă la creşterea semnificativă a securităţii juridice, profitând atât consumatorilor, cât şi comercianţilor. Ambele părţi ale raporturilor economice au nevoie să se sprijine pe un cadru de reglementare unic, bazat pe concepte juridice clar definite, care să reglementeze în chip neechivoc toate aspectele raporturilor juridice pe care le pot stabili.

Totuşi, diversitatea reglementărilor legale este o caracteristică deosebită a organizării lumii, aceleaşi probleme sociale cunoscând soluţii juridice care variază în funcţie de epocă şi de realităţile specifice diferitelor contexte[7]. Această trăsătură nu ocoleşte nici lumea europeană care, deşi aparţine intr-o oarecare măsură aceluiaşi spaţiu geografic, iar diligenţe în sensul cooperării interstatale au fost depuse din cele mai vechi timpuri, încă mai prezintă diferenţe notabile între legislaţiile ţărilor prezente, atât în materia contractelor, cât mai ales în celelalte ramuri ale dreptului civil. Acest aspect face ca raporturile juridice între resortisanţii statelor membre să cunoască o gamă largă de impedimente care necesită reglementare.

Dificultăţile practice ivite în contextul vieţii sociale europene nu impun însă orice fel de reglementare, ci reclamă reglementări unice, aplicabile tuturor subiecţilor în spaţiul Uniunii Europene. Acest lucru încearcă a fi realizat în prezent pe calea directivelor şi regulamentelor ca şi izvoare de drept european, însă realitatea pare să tragă un semnal de alarmă asupra unui posibil ambuteiaj legislativ în viitor, datorită multiplelor situaţii ivite în practică, situaţii ce reclamă alte şi alte reglementări europene. Consecinţa este o creştere semnificativă a surselor dreptului ce conduce la posibilitatea redusă de cunoaştere a acestora şi, implicit, la o inflaţie legislativă persistentă, cauzând o "criză a surselor dreptului"[8]. În acest context, necesitatea de a garanta securitatea juridică implică ideea că legea europeană are nevoie să evolueze în sensul adaptării la noile realităţi sociale, iar responsabilii cu aceasta nu pot ignora posibilitatea unei opere de codificare, având în vedere toate implicaţiile pe care le presupune o operă legislativă de o asemenea anvergură.

[5] Albăstroiu, R.G., Dumitru(Duminică), R., *Noul Cod Civil- operă legislativă între mit şi realitate*, în Studii şi Cercetări Juridice Europene (Conferinţa Internaţională a Doctoranzilor în Drept), Timişoara, 2012, p.31
[6] Albăstroiu, R.G., *Teza de doctorat*, Craiova, 2012, p.42
[7] Albăstroiu, R.G., *Teza de doctorat*, Craiova, 2012, p.38
[8] Cabrillac, R., *Les codification, op. cit*., pp. 68-70.

"Codificarea nu este o simplă compilaţie, ci o operă creatoare, care aduce modificări fondului reglementărilor existente."[9] Ea este o formă superioară de sistematizare şi normează, într-un ansamblu logic şi complex, o întreagă ramură de drept sau o parte importantă a acesteia. "Deşi are forţa juridică a unei legi, Codul nu este o lege obişnuită, el este un act legislativ unic, cu o organizare internă aparte, în care normele juridice sunt aşezate într-o consecutivitate logică, stringentă, după un sistem bine gândit, care reflectă structura internă a ramurii de drept respective."[10]

În concluzie, consider că un Cod civil european va reprezenta un echilibru legislativ la nivel european, asigurând stabilitate, rapiditate, previzibilitate şi siguranţă raporturilor economice şi sociale între europeni. Efectul unei opere de o asemenea amploare ar trebui să fie eliminarea tuturor barierelor care îşi au originea în fragmentarea normelor, dar şi definitivarea pieţei interne. În plus, consumatorii vor beneficia de acelaşi nivel de protecţie în cadrul Uniunii Europene.

2. Rolul judecătorului naţional în a asigura aplicarea dreptului european la nivel intern

O codificare legislativă europeană nu poate fi nicidecum concepută ca o compilaţie de norme juridice, impuse statelor membre, căci o astfel de variantă nu ar putea fi niciodată acceptată de către acestea. Dimpotrivă, ea trebuie să rezulte dintr-o aşa uniformitate a legislaţiei statelor membre care nu numai că permite codificarea, ci o impune ca pe o necesitate.

În sistemul de drept românesc, acest rol de a armoniza legislaţia naţională cu cea europeană revine atât legislativului, dar şi executivului şi, mai ales puterii judecătoreşti care este chemată să stabilească jurisprudenţial modul cum legislaţia internă se aplică situaţiilor juridice, în acord cu dreptul european. Este de notorietate faptul că preluarea textuală a unei norme comunitare nu este suficientă. Se impune ca, în plus, să se realizeze înţelegerea acesteia, cunoaşterea detaliată a motivelor care au condus la apariţia normei, cunoaşterea unor opinii doctrinare, dar şi cunoaşterea eventualei interpretări pe care Curtea Europeană de Justiţie a dat-o textului în discuţie. Provocările dreptului intern în relaţie cu dreptul european impun judecătorului naţional o bază solidă de cunoştiinţe asupra dreptului comunitar şi a jurisprudenţei Curţii Europene de Justiţie şi Curţii Europene a Drepturilor Omului.

În acest context, devine deosebit de importantă opera de interpretare a dreptului în realizarea jurisprudenţei la nivel intern, interpretare pe care judecătorul naţional este îndreptăţit şi obligat în acelaşi timp să o facă. Procesul aplicării dreptului nu poate fi conceput în afara interpretării, aceasta din urmă fiind considerată operaţiunea prin care se determină sensul pe care l-a avut în vedere legiuitorul când a elaborat şi adoptat legea"[11]. Prin natura sa, norma juridică are un caracter general şi impersonal, ceea ce face ca aceasta să nu fie automat compatibilă cu situaţiile particulare ce se pot ivi în realitatea socială. Astfel, se impune ca norma să fie interpretată, aplicarea sa fiind posibilă numai în urma unei operaţiuni logico-raţionale de stabilire a compatibilităţii sale cu situaţia dată. "Procesele de interpretare şi de aplicare a legii sunt interdependente"[12].

Lucrurile nu stau diferit nici atunci când vine vorba de aplicarea dreptului european la nivel intern. Şi în această situaţie, judecătorul naţional este nevoit să realizeze interpretarea normei juridice, cu singura precizare că de data aceasta, el este ţinut să cunoască şi să aplice,

[9] Dogaru, I., Dănişor, D. C., Dănişor, Gh., *Teoria generală a dreptului*, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2006., p. 284.
[10] Popa, N., *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, Bucureşti, 1992, p. 149.
[11] Djuvara, M., *Enciclopedia juridică – Teoria generală a dreptului; Drept raţional, izvoare şi drept pozitiv*, Ed. All Beck, colecţia Restitutio, Bucureşti, 1999, p. 470.
[12] Gény, Fr., *Methode d'interprétation et sources en droit privé positif,* PUF, vol. I, Paris, 1919, p. 61.

în primul rând, o eventuală interpretare pe care a dat-o Curtea Europeană de Justiţie. Este cunoscut faptul că interpretările oferite de Curtea Europeană de Justiţie sunt obligatorii pentru instanţele naţionale, această instanţă europeană fiind singura îndrituită să emită hotărâri judecătoreşti interpretative, veritabile izvor de drept european.

În aceeaşi ordine de idei, trebuie subliniat faptul că raportarea dreptului naţional la dreptul european se face de către judecătorul naţional şi prin opera sa de motivare a hotărârilor judecătoreşti. Calitatea unei hotărâri judecătoreşti depinde, în primul rând, de calitatea motivării soluţiei juridice adoptate. Astfel, motivarea trebuie să fie coerentă, clară şi lipsită de ambiguităţi; dar, în egală măsură, ea trebuie să exprime respectarea de către judecător a legislaţiei şi principiilor enunţate de dreptul european, dreptul internaţional şi dreptul intern, precum şi raportarea instanţei la soluţiile de practică judiciară adoptate în cazuri similare[13] şi la doctrina ce se poate dovedi preţioasă în unele cazuri.

Astfel, se poate observa în jurisprudenţa naţională o preocupare crescândă a instanţelor naţionale de a se raporta la dreptul european şi la hotărârile pronunţate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului şi de Curtea Europeană de Justiţie. Acest lucru se datorează într-o mare măsură şi jurisprudenţei Curţii Europene a Drepturilor Omului care, în cauza Beian contra României a decis că jurisprudenţa contradictorie a unei instanţe poate fi asimilată unei diferenţieri de tratament care nu se bazează pe nicio justificare obiectivă şi rezonabilă şi a stabilit că o astfel de diferenţiere constituie o încălcare a art. 14 din Convenţie, combinat cu art.1 din Protocolul nr. 1.

3. Instrumente juridice de unificare a practicii judiciare româneşti în raport de dreptul european

Unificarea practicii judiciare româneşti în raport cu dreptul european este un obiectiv important al dreptului românesc. Prin aceasta se urmăreşte, în primul rând, evitarea condamnărilor viitoare ale României de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului pentru practică judiciară contradictorie, iar în plan secund se urmăreşte crearea unei uniformităţi jurisprudenţiale care să constituie o bază solidă pentru legiferarea la nivel european.

Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie deţine un rol primordial în contextul invocat, cu atât mai mult cu cât în ultimii ani a dobândit noi prerogative în asigurarea aplicării unitare a legislaţiei naţionale care, aşa cum am arătat, este în strânsă dependenţă faţă de legislaţia la nivel european. Astfel, această instanţă are competenţă exclusivă la nivel naţional de a se pronunţa asupra unor probleme de drept pe calea deciziilor date în soluţionarea recursului în interesul legii şi a hotărârilor prealabile date pentru dezlegarea unor chestiuni de drept. În acest sens, existenţa şi dezvoltarea unei jurisprudenţe continue şi constante la nivel naţional contribuie la o mai bună înţelegere şi aplicare a dreptului european, iar acest aspect conduce la uniformizarea dreptului la nivel european şi, de ce nu, la o posibilă codificare legislativă în viitor.

3.1. Recursul în interesul legii – procedură veche în formulă nouă

Recursul în interesul legii nu este o procedură născută în sânul dreptului românesc, ci ea este împrumutată din dreptul francez, unde a fost pentru prima dată instituţionalizată prin art. 3 al Legii nr. 1/1790. Fiind o cale de atac, recursul în interesul legii asigura Curţii de Casaţie rolul de a veghea respectarea supremaţiei legii şi de a unifica jurisprudenţa.

În România, recursul în interesul legii a fost introdus încă din 1861, prin art. 11 al Legii privind Curtea de Casaţiune şi Justiţie şi a fost abrogat prin Decretul nr. 132 din 2

[13] În ţările de drept common-law, hotărârile instanţelor superioare care soluţionează o chestiune de drept au valoare de precedent obligatoriu în litigiile ulterioare identice; în ţările de drept continental, hotărârea judecătorească nu are acest efect, dar ea poate constitui un exemplu special pentru alte instanţe în cazuri identice sau similare.

aprilie 1949, fiind înlocuit cu "cererea de îndreptare" care, la rândul său, a fost modificată şi a primit în final, prin Decretul nr. 471/1957, denumirea de "recurs în supraveghere". Între recursul obişnuit şi recursul în supraveghere exista însă o asemănare în ceea ce priveşte procedura de judecată, în sensul că fiecare din cele două proceduri permitea o verificare a legalităţii şi temeiniciei hotărârii atacate, realizându-se astfel, un control judiciar asupra activităţii instanţelor inferioare ca grad de jurisdicţie. În materie penală, recursul în interesul legii a fost introdus în Codul de procedură penală de la 1936, iar în ceea ce priveşte celelalte materii, s-a menţinut reglementarea cuprinsă în Legea privind instanţa supremă.

Mai târziu, Legea de organizare judecătorească nr. 58/1968 şi Decretul nr.27/1973 stabilesc o nouă denumire, aceea de recurs extraordinar, acesta putând fi introdus doar de procurorul general, pentru motive de încălcare esenţială a legii ori vădită netemeinicie a hotărârii atacate, şi numai în termen de 1 an de la rămânerea definitivă a hotărârii atacate.

Recursul în interesul legii a fost reintrodus prin Legea nr.45/1993 pentru modificarea şi completarea Codului de procedură penală şi Legea nr.59/1993 pentru modificarea Codului de procedură civilă, a Codului familiei, a Legii contenciosului administrativ nr. 29/1990 şi a Legii nr. 94/1992 privind organizarea şi funcţionarea Curţii de Conturi a României. Acesta devine o cale extraordinară de atac, de competenţa Curţii Supreme de Justiţie, menită a asigura aplicarea unitară a legii la nivel naţional, suferind modificări repetate în timp. De această dată, scopul declarat al recursului în interesul legii este cu totul altul decât cel avut în vedere de legiuitor anterior anului 1990. Astfel, dacă în trecut această cale extraordinară de atac reprezenta mijlocul eficient de verificare a temeiniciei unei hotărâri judecătoreşti irevocabile, de data aceasta promovarea recursului în interesul legii este condiţionată de existenţa unor hotărâri contradictorii generate de aplicarea şi interpretarea neunitară a legii.

Scopul recursului în interesul legii este de a asigura interpretarea şi aplicarea unitară a legii de către instanţele judecătoreşti[14]. În legătură cu acest scop, de altfel stabilit de lege, în doctrină s-au formulat unele critici. Astfel, se consideră, în primul rând, că prezenţa verbului "a asigura" din sintagma "pentru a se asigura interpretarea şi aplicarea unitară a legii (…)" ar putea conduce la concluzia că recursul în interesul legii este unicul instrument pentru unificarea practicii judiciare[15]. Cu atât mai periculoasă este capcana, cu cât chiar şi Curtea Constituţională a României afirmă că "Singurul instrument procedural prin care se asigură unificarea practicii judiciare, pornind de la obligativitatea dezlegării problemelor de drept de către instanţa supremă, este recursul în interesul legii"[16]. În realitate, aşa cum în mod just se afirmă în doctrină, el constituie "ultima soluţie prin care se pune stavilă perpeturării răului produs"[17], considerându-se că "mult mai importante […] sunt mijloacele preventive, cum ar fi, de pildă, recursul în casaţie ori pronunţarea unei hotărâri prealabile, ambele în competenţa instanţei supreme"[18]. Totuşi, consider că nu este vorba despre nicio confuzie a Curţii Constituţionale a României, căci decizia precitată datează din anul 2009, când, într-adevăr, în funcţie de obligativitatea dezlegării problemelor de drept de către instanţa supremă, recursul în interesul legii era singurul instrument procedural prin care se asigura unificarea practicii judiciare. Abia odată cu intrarea în vigoare a Codului de procedură civilă[19] şi a Codului de

[14] Neagu, I., Drept procesual penal. Tratat, Editura Global Lex, Bucureşti, 2002, p.739-740
[15] Lupaşcu, D., Recursul în interesul legii în proiectele noilor Coduri de procedură, în LESIJ nr XVI, vol. I/2009, p 78-109
[16] Decizia nr 104 din 20 ianuarie 2009 pronunţată de Curtea Constituţională a României
[17] Lupaşcu, D., op.cit., p 78-109
[18] Ibidem
[19] Codul de procedură civilă a intrat în vigoare la 15 februarie 2013

procedură penală[20] sunt reglementate şi alte instrumente de unificare a jurisprudenţei, şi anume recursul în casaţie şi hotărârea prealabilă.

În ceea ce priveşte activitatea deciziilor pronunţate în soluţionarea recursului în interesul legii, trebuie subliniat că acestea se aplică în cauzele aflate în curs de soluţionare în primă înstanţă, precum şi situaţiilor viitoare. Ignorând acest principiu şi aplicând deciziile pronunţate în interesul legii cu referire la toate cauzele aflate în curs de soluţionare, indiferent de gradul de jurisdicţie în care se află, ar însemna că judecătorul naţional ar fi obligat să ignore caracterul peremptoriu şi prioritar al Convenţiei Europene a Drepturilor Omului[21], şi să o încalce aplicând norme naţionale cu forţă juridică inferioară şi de foarte multe ori contrare în interpretare şi conţinut[22]. Deosebit de relevantă în acest sens este cauza Moşteanu contra României, prilej cu care Curtea a stabilit că "În ceea ce priveşte obligaţia judecătorilor de a se conforma jurisprudenţei stabilite de Secţiile Unite ale Curţii Supreme de Justiţie, Curtea reaminteşte că reunirea Secţiilor Unite ale unei jurisdicţii are drept scop să confere autoritate deosebită deciziilor de principiu cele mai importante pe care această jurisdicţie este cgemată să le dea. Această autoritate particulară –fiind vorba de o curte supremă- se impune secţiilor izolate ale acestei jurisdicţii ca şi jurisdicţiilor inferioare, fără a aduce atingere dreptului lor şi sarcinii lor de a examina în totală independenţă cazurile concrete care le sunt supus"[23].

Materia instituţiei recursului în interesul legii a fost modificată prin Legea nr.202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluţionării proceselor, iar în prezent, recursul în interesul legii este reglementat de art.97 din Codul de procedură civilă, art. 514-518 din Codul de procedură civilă şi art. 471-474 ind.1 din Codul de procedură penală. Noile reglementări, deşi reiau aproape identic conţinutul reglementărilor din codurile anterioare, exprimă preocuparea statului român de a participa activ la modernizarea legislaţiei naţionale în raport de uniformizarea dreptului la nivel european. În doctrină se afirmă chiar că acesta este "un elev ascultător"[24] atunci când vine vorba de transpunerea normelor europene în sistemul normativ intern, iar mărturie în acest sens stau numeroase acte normative edictate cu acest scop, dar şi codurile recent adoptate. De remarcat este faptul că în "Expunerea de motive" pe care o cuprind acestea din urmă se menţionează, printre obiective, şi transpunerea în cadrul legislativ naţional a reglementărilor adoptate la nivel european, dar şi armonizarea dreptului român cu sistemele de drept din celelalte state membre.

Astfel, se poate observa că reglementările privind procedura recursului în interesul legii impun întocmirea unui raport care să cuprindă, pe lângă soluţiile diferite date problemei de drept cu argumentele aferente, şi referiri asupra deciziilor Curţii Constituţionale a României, hotărâri ale Curţii Europene a Drepturilor Omului şi ale Curţii de Justiţie a Uniunii Europene, dar şi opinii ale doctrinei şi ale unor specialişti în materie. Acest raport este deosebit de util, ajutând instanţa supremă să adopte o decizie care să fie, în primul rând, în acord cu dreptul european. Înalta curte de Casaţie şi Justiţie contribuie, în acest mod, la ralierea dreptului naţional cu dreptul european, reuşind să creeze o pârghie necesară uniformizării dreptului la nivel european. De altfel, instituţia recursului în interesul legii este reglementată, chiar dacă diferit, şi în alte sisteme de drept din state precum Franţa, Spania,

[20] Codul de procedură penală a intrat în vigoare la 01 februarie 2014
[21] Convenţia Europeană a Drepturilor Omului consacră, în articolul 6, dreptul la un proces echitabil.
[22] Gheorghiu, L.G., Recursul în interesul legii – izvor de drept. Aplicarea deciziilor interpretative în timp, Revista Curentul Juridic, nr.3-4, 2006
[23] Curtea Europeană a Drepturilor Omului, secţia a II a, cauza Moşteanu contra României, petiţia 33176/96 Strasbourg, 22 noiembrie 2002, citată de Gheorghiu, L.G., op.cit., p.78
[24] Ilie, A.R., Cioclei, V., "L'impact du droit pénal européen sur le nouveau code pénal roumain", în „Approches franco-roumaines face au défi européen, Actes du Colloque anniversaire du Collège Juridique franco-roumain d'études européenes" (coord. Elena Simina Tănăsescu), Editura Institutul European, Bucureşti, 2012, p.97-114

Italia, Ungaria, Olanda, Slovacia, Luxemburg, Bulgaria, Cehia, Cipru, etc. Totuşi, alte ţări precum Marea Britanie, Suedia, Austria, ş.a. nu au asemenea dispoziţii. Prin urmare, se observă că şi alte state se preocupă de unificarea jurisprudenţei naţionale, mai mult sau mai puţin prin raportare la dreptul Uniunii Europene, ceea ce face ca posibilitatea realizării unei codificări legislative europene să fie mult mai verosimilă.

3.2. Hotărârea prealabilă – un pas mai mult în interiorul Europei

Lipsa de unitate a jurisprudenţei instanţelor judecătoreşti nu este o trăsătură specifică justiţiei din România, însă faptul că şi alte state europene sunt afectate de acest fenomen nu constituie un motiv de rămânere în pasivitate, cu atât mai mult cu cât problema a fost semnalată în mod repetat de Comisia Europeană prin Rapoartele de ţară sau, după caz, Rapoartele intermediare şi a fost sancţionată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului[25]. Prin urmare, era necesar ca, pe lângă recursul în interesul legii, care se dovedea a nu avea eficienţa necesară, să funcţioneze un nou mecanism, care să prevină într-o mare măsură practica neunitară.

În aceste condiţii, se concepe mecanismul hotărârii prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, fiind recent introdusă în legislaţia noastră şi găsindu-şi reglementare în noile Coduri de procedură civilă şi, respectiv, penală[26]. Ca şi recursul în interesul legii, hotărârea prealabilă este o instituţie juridică împrumutată din dreptul francez[27] şi este foarte asemănătoare procedurii întrebării preliminare adresate Curţii de Justiţie a Uniunii Europene.

Această instituţie are menirea de a elimina riscul apariţiei unei practici neunitare, printr-o rezolvare de principiu a unei chestiuni de drept esenţială, apărută într-o cauză aflată în curs de soluţionare în ultimă instanţă. Ea este un instrument de prevenţie, care are rolul de a preîntâmpina o jurisprudenţă neunitară ce s-ar putea ivi la un moment dat şi devine principalul mecanism de unificare a practicii judecătoreşti.

Prin reglementarea adusă de legiuitor, se instituie o serie de condiţii ce se cer a fi îndeplinite cumulativ pentru admisibilitatea unei cereri de pronunţare a unei hotărâri prealabile, şi anume: să existe o cauză în curs de judecată, în ultimă instanţă, cauza care face obiectul judecăţii să se afle în competenţa legală a unui complet de judecată al Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, al curţii de apel sau al tribunalului învestit să soluţioneze cauza, obiectul sesizării să privească o chestiune de drept de a cărei lămurire depinde soluţionarea pe fond a cauzei în curs de judecată, iar această chestiune de drept să aibă caracter de noutate şi Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie să nu fi statuat deja asupra sa şi nici să nu facă obiectul unui recurs în interesul legii în curs de soluţionare.

Aceste condiţii par să fie suficient de clare, însă cu privire la condiţia noutăţii se impune a fi aduse unele lămuriri. Astfel, condiţia necesară pentru declanşarea mecanismului procedural referitoare la existenţa unei chestiuni de drept noi trebuie apreciată ca fiind distinctă de cea care impune ca, asupra respectivei chestiuni, Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie să nu fi statuat şi totodată diferită de cea care impune ca aceasta să nu facă obiectul unui recurs în interesul legii.

Având în vedere că dispoziţiile normative în materie nu oferă şi o definiţie sau o explicaţie a noţiunii de "noutate" a chestiunii de drept, şi nici criterii de determinare a acesteia, rămâne atributul Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, sesizată cu pronunţarea unei hotărâri prealabile, să hotărască dacă problema de drept a cărei dezlegare se solicită este nouă.

[25] De exemplu, cauza Beian contra României (hotărârea din 6 decembrie 2007, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 616 din 21 august 2008), cauza Ştefan şi Ştef contra României (hotărârea din 21 februarie 2008, nepublicată), cauza Driha contra României (hotărârea din 27 ianuarie 2009, nepublicată)

[26] Art. 519 – 521 din Codul de procedură civilă şi art. 475 – 477 din Codul de procedură penală

[27] Art. 1031-1 şi următoarele din noul Cod de procedură civilă francez

În acest sens, Înalta Curte se va raporta, desigur, la data intrării în vigoare a actului normativ în care se regăseşte chestiunea de drept, însă acest criteriu nu trebuie absolutizat. S-a reţinut că noutatea unei chestiuni de drept poate fi generată nu numai de o reglementare nou-intrată în vigoare, ci şi de una veche, dar, în acest din urmă caz, doar dacă o instanţă este chemată să se pronunţe asupra respectivei probleme de drept pentru prima dată[28]. Prin urmare, caracterul de noutate se pierde, pe măsură ce chestiunea de drept a primit o dezlegare din partea instanţelor, în urma unei interpretări adecvate, iar opiniile jurisprudenţiale izolate sau cele pur subiective nu pot constitui temei declanşator al mecanismului pronunţării unei hotărâri prealabile.

În acest context, se pare că problematica noutăţii are meritul de a separa în mod clar cele două instituţii de unificare a practicii judiciare: dacă recursul în interesul legii funcţionează pentru a înlătura o practică neunitară deja intervenită în rândul instanţelor judecătoreşti (control a posteriori), hotărârea preliminară are ca scop preîntâmpinarea apariţiei unei astfel de practici (control a priori). Pe cale de consecinţă, existenţa deja a unei practici neunitare relevă nu numai că poate fi apelat la mecanismul recursului în interesul legii, ci şi că nu mai poate fi sesizată instanţa supremă pentru pronunţarea unei hotărâri preliminare, întrucât scopul preîntâmpinării practicii neunitare nu mai poate fi atins, chestiunea de drept care a suscitat-o nemaifiind, prin urmare, una nouă, ci una care a creat deja divergenţă în jurisprudenţă.

Pe de altă parte, se apreciază că, deşi nu este menţionată expressis verbis ca o condiţie de admisibilitate pentru pronunţarea unei hotărâri prealabile, este necesar ca sesizarea Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie să aibă drept obiect o problemă de drept care necesită cu pregnanţă a fi lămurită şi care prezintă o dificultate suficient de mare, în măsură să reclame intervenţia instanţei supreme, în scopul înlăturării oricărei incertitudini care ar putea plana asupra securităţii raporturilor juridice deduse judecăţii[29]. Legislaţia franceză, sursa de inspiraţie a instituţiei hotărârii prealabile în dreptul românesc, prevede expres condiţia dificultăţii serioase, veritabile şi pe cea a interesului pentru un număr mare de cazuri, pentru sesizarea instanţei supreme. Legislaţia noastră însă lasă titularilor sesizării o marjă largă de apreciere sub acest aspect, ceea ce poate determina transformarea mecanismului hotărârii prealabile în reversul său, respectiv într-o procedură dilatorie pentru litigii caracterizate, prin natura lor, ca fiind urgente sau într-o procedură care va substitui mecanismul recursului în interesul legii.

În concluzie, condiţia noutăţii chestiunii de drept ce se cere a fi dezlegată asigură funcţionarea mecanismului hotărârii prealabile de prevenire a practicii judiciare neunitare, precum şi evitarea paralelismului şi suprapunerii cu mecanismul recursului în interesul legii. Din această perspectivă este evident că procedura pronunţării unei hotărâri prealabile nu este chemată să dea o soluţie unei practici divergente deja existente, ci scopul său este acela de a da dezlegări asupra unor probleme veritabile şi dificile de drept. În acelaşi sens a statuat şi Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, în completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, cu prilejul soluţionării mai multor cereri de pronunţare a unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept[30].

AKNOWLEDGEMENT:

Această lucrare a fost finanţată din contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID 141699, cofinanţat din Fondul Social European, prin Programul Operaţional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013

[28] Deciziile nr. 3/2014, nr. 4/2014, nr. 6/2014 şi nr. 7/2014 pronunţate de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie
[29] Decizia nr. 4/2014 şi nr. 6/2014 pronunţate de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie
[30] Deciziile nr. 3/2014, nr. 4/2014, nr. 6/2014 şi nr. 7/2014 pronunţate de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie

Bibliografie:

- Albăstroiu, R.G., Dumitru(Duminică), R., *Noul Cod Civil- operă legislativă între mit şi realitate*, în Studii şi Cercetări Juridice Europene (Conferinţa Internaţională a Doctoranzilor în Drept), Timişoara, 2012
- Albăstroiu, R.G., *Teză de doctorat,* Craiova, 2012
- Cabrillac, R., *Les codifications*, PUF, coll. Droit, ethique, societe, Paris, 2002
- Dunand, J.Ph., Winiger, B., *Le Code civil francais dans le droit europeen*, Actes du colloque sur le bicentenaire du Cod civil francais organise a Geneve les 26-28 fevrier 2004, Ed. Bruyllant, Bruxelles, 2005
- Dogaru, I., Dănişor, D. C., Dănişor, Gh., *Teoria generală a dreptului*, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2006
- Djuvara, M., *Enciclopedia juridică – Teoria generală a dreptului; Drept raţional, izvoare şi drept pozitiv*, Ed. All Beck, colecţia Restitutio, Bucureşti, 1999
- Gény, Fr., *Methode d'interprétation et sources en droit privé positif,* PUF, vol. I, Paris, 1919
- Gheorghiu, Liana-Gabriela, *Recursul în interesul legii – izvor de drept. Aplicarea deciziilor interpretative în timp*, Revista Curentul Juridic, nr.3-4, 2006
- Heuzé, V., *L'Europe désenchantée*, JCP, 2005
- Ilie, A.R., Cioclei, V., *L'impact du droit pénal européen sur le nouveau code pénal roumain*, în Approches franco-roumaines face au défi européen, Actes du Colloque anniversaire du Collège Juridique franco-roumain d'études européenes (coord. Elena Simina Tănăsescu), Editura Institutul European, Bucureşti, 2012
- Lequette, Y., *Du Code civil européen à la révision de l'acquis communautaire: quelle légitimité pour l'Europe?*, în L'amorce d'un droit européen du contrat (La proposition de directive relative aux droits des consommateurs), sous la direction de Mazeaud, D., Schulze, R. Et Wicker, G., SLC, 2010
- Lupaşcu, Dan, *Recursul în interesul legii în proiectele noilor Coduri de procedură*, în LESIJ nr XVI, vol. I/2009
- Neagu, I., *Drept procesual penal. Tratat*, Editura Global Lex, Bucureşti, 2002
- Oppetit, B., *Essai sur la codification*, PUF, coll. "Droit, ethique, societe", Paris, 1998
- Popa, N., *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, Bucureşti, 1992
- http://www.thejcl.com/pdfs/legrand.pdf
- www. ccr.ro
- www.echr.coe.int
- www.scj.ro

ASSISTED HUMAN REPRODUCTION AND THE BEST INTEREST OF THE CHILD

Maria Lavinia Tec, PhD, West University of Timișoara

Abstract: The assisted human reproduction has overcome the frontier of medical science, and entered the field of the Law. Although the techniques of assisted human reproduction have the purpose of healing the patient suffering from infertility , they result in the conception and the birth of a child. The genetic identity of the child does not always correspond with his or her legal identity, created by the Law. The access of such child to his or her genetic identity, the acces of the donor conceived of the gametes to his or her own descendents and the filiation are the issues to which the law must find an answer. In this context, which is the role of the sacred principle of the best interest of the child, which the Law enforces, in the area of assisted human reproduction and how is it applied by the judge in those litigations which concern filiation and genetic identity? These are the questions that we intend to answer in the present study.

Keywords: assisted human reproduction, doner-conceived, genetic identity, filiation, best interest of the child.

Preliminarii. Tehnicile de reproducere umană asistată au fost create de medicină pentru a răspunde nevoii de vindecare a pacienților suferinzi de infertilitate, dar în special dorinței lor de a avea copii. Acestea presupun crearea vieții umane într-un alt mod decât pe calea obișnuită a unei relații sexuale. Reproducerea umană se realizează exclusiv cu intervenția medicului și implică participarea a două sau trei persoane supuse prelevării de celule și inseminării artificiale. Tehnicile de reproducere umană asistată descoperite până în prezent sunt: inseminarea artificială; fertilizare *in vitro*; embrio-transfer; injecția spermică intra-citoplasmică[1].

Inseminarea artificială presupune inserția non-sexuală de spermă în cervixul sau uterul femeii care va purta sarcina. Donatorul de spermă este actorul principal în cadrul acestei tehnici. Acesta poate fi cel care va deveni tatăl copilului sau un terț, care nu dorește să-și asume rolul de tată. În cadrul procedurii se poate folosi sperma donată și conservată prin criogenie în bănci de spermă acreditate.

Fertilizarea *in vitro* este o procedură complexă care presupune mai întâti prelevarea de ovocite de la o femeie pentru a fi inseminate cu spermă în vederea fertilizării în eprubetă, adică în afara uterului femeii. După dezvoltare, embrionul (la 2-3 zile de la fecundare) sau blastocistul (5 zile de la fecundare) este inserat în cervixul sau uterul femeii. Femeia care va purta sarcina poate fi aceeași de la care s-au prelevat ovocitele sau o altă femeie, care va avea rolul de gestantă. Este posibil ca niciuna dintre cele două să nu-și asume rolul de mamă, lăsând locul unei a treia femei care dorește copilul. Bărbatul de la care s-a prelevat sperma poate fi viitorul tată al copilului sau un simplu terț donator. Donarea de ovocite în scopul realizării fertilizării *in vitro* este utilizată în special în cazul femeilor care urmează să fie supuse unei chemioterapii sau radioterapii.

Embrio-transferul este o parte esențială din tehnica fertilizării *in vitro*. Un embrion fertilizat este transferat în uterul femeii gestante. Astfel, o femeie este inseminată artificial cu

[1] A se vedea Ian Mitchell, *Historical Aspects of Advanced Reproductive Technology*, în *The Right to know one's origins,* Academic &Scientific Publisher, 2012, p. 76 și umătoarele.

sperma unui bărbat, care dorește să fie tatăl viitorului copil, însă, după ce s-a produs fertilizarea în corpul său, dar înainte de a se dezvolta embrionul, acesta este transferat din corpul său în corpul altei femei. Prima femeie este mama genetică, dar nu poate purta sarcină și, deci, nu va fi gestantă. Cea de-a doua femeie nu are nicio legătură genetică cu copilul ce se va naște, dar va avea calitatea de gestantă. Oricare dintre ele poate dori să aibă rolul de mamă socială. Bărbatul donator de spermă va fi tatăl genetic al viitorului copil și își poate asuma sau nu rolul de tată social.

Injecția spermică intra-citoplasmică presupune obținerea spermei pe calea biopsiei testiculare, incluzând și posibilitatea extracției spermei de la un cadavru, pentru injectarea direct în ovocit. Ulterior injectării, acesta este plasat în cultură celulară, iar fertilizarea se va produce în termen de 24 ore. Această tehnică este asociată în mod specific cu anumite anomalii congenitale.

Privite din perspectiva științelor medicale, tehnicile de reproducere umană asistată par să verifice principiul binefacerii, consacrat în bioetică, potrivit căruia trebuie acționat doar în sensul binelui suprem al altora. Cu alte cuvinte, principiul traduce imperativul de a-i trata pe pacienți spre binele lor. Însă, beneficiarii tehnicilor de reproducere umană asistată sunt persoanele majore care doresc să devină părinți, urmărind concepția unui copil pe cale artificială. Copilul nu este participant în cadrul acestor tehnici, ci este rezultatul lor.

Finalitatea reproducerii umane asistate este aceea de a crea ființe umane, care, din punct de vedere juridic, sunt potențiale subiecte de drept. Cu toate acestea, Dreptul nostru nu acordă o atenție deosebită reproducerii umane asistate, dacă avem în vedere reglementarea lacunară din Codul civil[2] și Legea nr. 95/2006 privind reforma în materia sănătății, modificată și completată[3].

Problemele pe care le ridică reproducerea umană asistată în planul Dreptului sunt numeroase, însă, în prezenta lucrare ne propunem să verificăm în ce măsură reglementarea națională și jurisprudența internă în materia reproducerii umane asistate se orientează după principiul interesului superior al copilului consacrat de Convenția internațională a drepturilor copilului, ratificată de România, dintr-o dublă perspectivă - a filiației și a dreptului la identitate genetic, încercând să identificăm soluții posibile care să respecte acest principiu (I), urmând ca apoi să tragem concluzii (II).

I.Principiul interesului superior al copilului în materia reproducerii umane asistate: între reglementare și aplicare.

1)Principiul interesului superior al copilului consacrat în Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului[4] *și în Codul civil.* Potrivit art. 2 din Legea privind protecția și promovarea drepturilor copilului, rincipiul interesului superior este busola după care trebuie să se orienteze legiuitorul, autoritățile publice și private, instanțele judecătorești și părinții în toate deciziile privind minorii. de autoritățile publice și de organsimele private autorizate, precum și în cauzele soluționate de instanțele judecătorești. Astfel, în determinarea interesului superior al copilului se au în vedere: a) nevoile de dezvoltare fizică, psihologică, de educație și sănătate, de securitate și stabilitate și apartenență la o familie; b) opinia copilului, în funcție de vârsta și gradul de maturitate; c) istoricul copilului, având în vedere în special situațiile de abuz, neglijare, exploatare sau orice altă formă de violență asupra copilului, precun și potențialele situații de risc care pot interveni în viitor; d) capacitatea părinților sau a persoanelor care urmează să se ocupe de creșterea și îngrijirea copilului de a răspunde nevoilor concrete ale acestuia; e) menținerea relațiilor

[2] Legea 287/2009 privind Codul Civil , republicată în Monitorul Oficial nr. 505 din 15.07.2011.
[3] Publicată în Monitorul Oficial nr. 372/28.04.2006.
[4] Republicată în Monitorul Oficial nr. 159/05.03.2014.

personale cu persoanele față de care copilul a dezvoltat relații de atașament. Art. 263 C. civ. prevede că orice măsură, privitoare la copil, indiferent de autorul ei trebuie să fie luată cu respectarea interesului superior al copilului.

Prin urmare, toate măsurile luate de stat, instanțe judecătorești, autorități publice și private sau părinți trebuie să se subordoneze principiului interesului superior al copilului.

2)Absența consacrării principiului interesului superior al copilului în reglementarea reproducerii umane asistate. Reglementarea reproducerii umane asistate cu terț donator din art. 441-447 C. civ. nu conține nicio referire la principiul interesului superior al copilului care se va naște. De asemenea, nu face nicio referire expresă la tehnicile de reproducere umană asistată medical, limitându-se doar la a utliza sintagma ”terț donator”, fără să o expliciteze. Dispozițiile legale stabilesc condițiile în care părinții pot avea un copil apelând la reproducerea umană asistată, regimul filiației și confidențialitatea informațiilor.

3)Implicațiile juridice ale reproducerii umane asistate asupra filiației. Reproducerea umană asistată, oricare ar fi tehnicile folosite, produce efecte asupra filiației și bulversează Dreptul. Copilul nu are o singură mamă care îl naște, ci mai poate avea încă una, genetică. De asemenea, copilul nu are un singur tată, juridic, cel care se ascunde în spatele prezumției legale relative de paternitate, ci mai are și unul biologic.

După cum vom vedea, copilul are o dublă identitate, una juridică, construită de lege prin ficțiuni, și una genetică sau biologică. Aceasta din urmă este cea care, din punct de vedere științific, conferă unicitate fiecărei persoane. Structura ADN-ului este cea care îl individualizează pe om, iar nu actul de stare civilă, înregistrat într-un Registru destinat să țină evidența populației și a evenimentelor ce se produc în viața oamenilor (naștere, căsătorie, divorț, deces).

Concepte utilizate de Știință, precum mamă biologică sau genetică, mamă fiziologică sau purtătoare, tată biologic sau genetic, încep să pătrundă în Drept, ultimul dintre concept fiind deja utilizat în art. 432 C. civ.. În practică, judecătorii încep să opereze cu aceste concepte.

Cum răspunde Dreptul nostru provocărilor Științei, mai ales în cazul gestației pentru altul sau mamei de substituție? Dar cum răspunde justiția în cazul litigiilor generate de nașterea copiilor dintr-o mamă purtătoare sau mamă de substituție? Vom vedea în cele ce urmează.

a)Răspunsurile Dreptului. În Dreptul nostru, maternitatea este construită în jurul adagiului *mater smper certa est.* Practic, maternitatea nu este dată de legătura de sânge, ci de faptul că femeia naște copilul. Prezumția de maternitate – centrată pe faptul nașterii este absolută, irefragabilă. Cu toate acestea, în prezent, în secolul XXI, după cum am văzut, Știința a demonstrat că femeia care naște poate să nu aibă niciun aport genetic la concepția copilului născut. Altfel spus, prezumția *mater semper certa est* poate fi înlăturată prin proba științifică, dar caracterul absolut nu permite răsturnarea ei. În ceea ce privește filiația față de tată, se bservă că și aceasta este construită pe baza unei prezumții legale care, spre deosebire de prezumția de maternitate, are caracter relativ. Legea recunoaște că poate exista o disociere între tatăl juridic sau legal și tatăl biologic. Cu alte cuvinte, legea recunoaște că, uneori, prezumția este o miciună, și permite, pe de o parte, distrugerea ei pe calea acțiunii în contestarea paternității sau tăgada paternității și, pe de altă parte, reconstruirea ei prin acțiunea în stabilirea paternității, centrate pe adevărul biologic. Așadar, observăm o asimetrie a prezumțiilor legale în materia filiației: pe de o parte, cea de maternitate are caracter absolut iar cea de paternitate are caracter relativ; pe de altă parte, cea de maternitate nu poate fi distrusă și înlocuită cu adevărul biologic iar cea de paternitate poate fi desființată și înlocuită cu adevărul biologic.

În cazul reproducerii umane asistate cu terț donator, așa cum este reglementată în Codul civil, neexistând încă o lege specială - legiutorul operează cu o ficțiune. Astfel, distruge orice legătură de sânge existentă înre terțul donator – mama sau tata, donatori de ovocite sau embrioni, fără să se facă vreo distincție între aceștia - și, în locul ei, construiește alta între părinții de intenție și copil. Altfel spus, în locul adevărului biologic este preferată minciuna legii. Femeia căsătorită care naște nu va avea niciun aport genetic la concepția copilului dacă i s-a implantat un embrion format prin fertilizarea *in vitro* a ovulului altei femei – terț donator – cu sperma soțului său. Dar, ea va fi mamă în temeiul declarației sale de consimțământ, prin voința ei, exprimată în condițiile legii. Este posibil ca femeia căsătorită să fie inseminată cu sperma unui terț donator. În acest caz, ea este mama biologică și purtătoare, dar se ascunde adevărul biologic cu privire la tată. De asemenea, femeia necăsătorită, prin voința ei, poate fi mamă purtătoare și biologică, în același timp, sau numai purtătoare, care va naște copilul și-l va crește. Așadar, în cazul reproducerii umane cu terț donator, filiația este dobândită pe baza actului de voință al persoanelor care doresc să dobândească statutul de părinte și funcționează pe baza prezumției că părinții de intenție sunt și cei biologici. Din conținutul art. 443 C. civ., rezultă că prezumția de maternitate are caracter absolut, fără a putea fi distrusă pe calea acțiunii în contestație, iar cea de paternitate are caracter relativ, putând fi tăgăduită într-un singur caz, când soțul mamei nu a consimțit la reproducerea asistată medical cu ajutorul unui teț donator. Prin urmare, se remarcă o asimetrie a prezumțiilor și în materia în reproducerii umane asistate. În cazul gestației pentru altul, femeia gestantă necăsătorită sau femeia gestantă căsătorită și soțul ei nu au intenția de a dobândi statutul de mamă, respectiv de părinți, iar cuplul donator de gameți sau embrioni își manifestă voința de a dobândi statutul de părinți. Înțelegerea nu este altceva decât acordul voință realizat între persoanele implicate în această procedură și intreprinderea de servicii medicale. Altfel spus, parentalitatea se dobândește prin contract, fiind un efect al acestuia. Mama gestantă și soțul acesteia nu-l abandonează pe copil ci renunță să-și revendice calitatea de părinți în favoarea celor donatori. Este o inversare a intențiilor față de reproducerea cu terț donator: donatorul și donatoarea revendică paternitatea, respectiv maternitatea, iar cea care primește embrionul și soțul ei își reneagă parentalitatea. Practic, toți cei implicați doresc ca adevărul biologic să fie recunoscut juridic. Se urmărește stabilirea filiației pornind de la identitatea genetică a copilului. În cazul maternității de substituție, femeia inseminată cu terț donator, bărbatul din cuplul care-și dorește copilul - renunță la statutul de mamă în favoarea soției bărbatului donator. Și aici parentalitatea rezultă dintr-un contract încheiat între cei trei și societatea de servicii medicale.

Deși posibile științific, și tolerate de lege, după cum am văzut, totuși legea nu reglementează în mod expres convențiile de gestație pentru altul și, respectiv maternitatea de substituție. Astfel, Dreptul nu se armonizează cu Știința, cu toate că ar trebui să o facă având în vedere că existența copiilor născuți din aceste proceduri este o realitate. Se poate constata că există o discriminare între tatăl genetic din filiația naturală, recunoscut de Drept și mama genetică din reproducerea umană asistată (donatoarea de ovocite, inseminată cu lichidul seminal donat de un terț, ambele prezente în convenția de gestație pentru altul și maternitatea de substituție) repudiată de Drept[5].De asemenea, se mai constată că există discriminare între mama care naște un copil, recunoscută de Drept, și mama biologică a copilului, renegată de Drept.

b)Răspunsurile justiției. După cum am văzut, gestația pentru altul și maternitatea de substituție sunt posibile științific și tolerate de Drept. Tocmai de aceea, realitatea lor

[5]A se vedea Monique Bandrac, *L`inegalité des père et mère face à la transparence des origines,* în *L`identité génétique de la personne entre transparence et opacité*, Dalloz, Paris, 2007, p. 61 și următoarele.

demonstrează incoerența reglementării actuale a filiației și ineficiența normelor existente. Litigiile pot fi provocate de părinții biologici care-și revendică statutul de părinte sau de cei care își repudiază acest statut ori de copiii care doresc să obțină recunoașterea identității lor genetice și a filiației față de părinții biologici.

În starea actuală a Dreptului în materia filiației, soluționarea cauzelor generate de filiație în cazul gestației pentru altul sau al maternității de substituție prezintă mari dificultăți. Atunci când regula de drept lipsește sau există, dar nu acoperă situația de fapt, judecătorii au responsabilitatea de a căuta și găsi reguli în alte resorturi ale Dreptului.

În opinia noastră, busola după care judecătorul de caz trebuie să se orienteze este, în mod obligatoriu și incontestabil, principiul interesului superior al copilului. Aplicând acest principiu, se poate constata că este în interesul minorului repudierea prezumției absolute de maternitate contrazisă științific. Nu este în interesul copilului să fie sancționat prin privarea de dreptul la recunoașterea identității sale genetice și a filiației fundamentată pe această identitate. Nu este în interesul copilului să fie privat de filiația față de mama biologică pentru că, în Drept, mama se stabilește pe baza unei prezumții carea s-a vulnerablizat după câteva mii de ani de existență[6]. Soluția propusă nu este contrară ordinii publice câtă vreme însuși legiuitorul recunoaște principiul și îl obligă pe judecător să-l aplice conform art. 263 C. civ. și art. 2 din L. nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului. Totodată, acest principiu este consacrat în Convenția internațională privind drepturile copilului, adoptată de Adunarea Generală a ONU la 29 noiembrie 1989 și ratificată de România prin Legea nr. 18/1990. De asemenea, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a decis că această Convenție figurează printre instrumentele internaționale pe care le ia în considerare la aplicarea principiilor generale de drept al Uniunii[7].Totodată, ea nu este contrară ordinii publice pentru că art. 8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului garantează dreptul la viață privată și la familie. În sprijinul acestei soluții este și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, dezvoltată în jurul articolului. Soluția nu este contrară ordinii publice și pentru că, în temeiul art. 4 C. civ., judecătorul este obligat să aplice cu prioritate în aceste cauze instrumentele internaționale mai sus invocate[8].

4)Implicațiile reproducerii umane asistate asupra dreptului copilului la cunoașterea identității genetice. În ceea ce privește dreptul copilului de acces la originea genetică, se poate observa că legiuitorul reglementează dreptul părinților biologici, al terților donator, și al părinților de intenție la confidențialite și limitează exercitarea dreptului copilului de acces la informații privind idenitatea genetică. Art. 146 alin. 7 și 8 din Legea nr. 95/2006 privind reforma în materia sănătății stipulează dreptul la confidențialitate a datelor privind identitatea donatorului și receptorului. Art. 445C. civ. prevede că orice informații privind reproducerea umană asistată medical sunt confidențiale. Astfel este consacrată regula confidențialității informațiilor privind originea genetică a copilului. Divulgarea informațiilor este permisă în mod excepțional numai în situația în care există riscul unui prejudiciu grav pentru sănătatea unei persoane astfel concepute sau a descendenților acesteia. În acest caz, divulgarea se face numai pe baza unei hotărâri judecătorești, către medicul sau autoritatea competentă.

[6] A se vedea hotărârea pronunțată la 05.03.2013 de High Court of Ireland în cauza M.R. & ANOR – v- An tArd Chlaraitheoir & Ors, nr. 2011 46 M, http://www.bailii.org/ie/cases/IEHC/2013/H91.html.

[7] Curtea de Justiție a Uniunii Europene, 14 februarie 2008, cauza 244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c/ Avides Media AG*, par.39. În sensul luării în considerare de către Curte a Convenției Europene a Drepturilor Omului și a Convenției internaționale privind drepturile copilului, a se vedea Curtea de Justiție a Uniunii Europene, 27.06.2006, cauza 540/03, *Parlamentul European c/ Consiliul Uniunii Europene*.

[8] În acest sens a se vedea Curtea de Apel Timișoara, *decizia civilă nr. 1196/26.09.2013*.

Judecătorul are competența de a aprecia asupra oportunității divulgării informațiilor. În acest scop, trebuie făcută dovada existenței riscului unui prejudiciu grav pentru sănătatea persoanei în cauză sau a descendenților săi. Însă, dacă divulgarea se va face în condiții de confidențialitate către medic, iar nu direct către copilul astfel conceput, putem afirma că dreptul de acces direct al copilului la originea sa genetică nu este garantat de lege. El nu are deschisă nicio posibilitate pentru a-și afla strămoșii genetici.

În acest caz, ne punem următoarea întrebare: este în interesul superior al copilului soluția sacrificării dreptului său la cunoașterea identității genetice de către dreptul părinților sau terților donator la confidențialitate? Privită din această perspectivă, reglementarea ignoră cu desăvârșire interesul superior al copilului, fiind în mod evident în favoarea părinților.

Probabil că stigmatul infertilității a creat și întreținut cultura secretului cu privire la concepția copilului. La acesta poate fi asociat stigmatul terțului donator care-și abandonează progeniturile și care, în viziunea legiuitorului, ar justifica secretul. Însă, ne întrebăm dacă secretul este o soluție în concordanță cu interesul superior al copilului, având în vedere următoarele considerente: (i) genele se transmit copilului de la cei doi părinți, patru bunici și opt străbunici, coborând mai departe în generațiile precedente; (ii) genele determină trăsăturile morfologiei sau comportamentului unei ființe umane; (iii) genele asigură transmiterea acestor proprietăți și generațiilor următoare[9]; (iv) identitatea genetică este o componentă esențială în dezvoltarea psiho-socială și afectivă; (v) accesul la originea genetică poate preveni incestul ori căsătoria între consangvini, precum și problemele de natură genetică în cazul descendenților săi. Prin urmare, anonimatul și confidențialitatea îl prejudiciază grav pe minor atât din perspectivă medicală, cât și din perspectivă psiho-socială și afectivă, lipsindu-l de informații privind identitatea sa genetică, moștenită și, totodată, transmisibilă generației următoare, precum și de informații privind istoria familiei sale genetice. Oare este în interesul copilului soluția consacrată în legislația națională, care prevede limitarea cvasiabsolută a dreptului copilului conceput în acest mod de a-și cunoaște identitatea genetică?

Răspunsul ar trebui căutat în Convenția internațională a drepturilor copilului de la New York din 1989, în care își are originea principiul interesului superior al copilului. Potrivit art. 3 alin. 1 din Convenție, interesul superior al copilului trebuie luat în considerare de către autoritățile publice sau private de protecție socială, instanțe judecătorești, autorități administrative sau de către organele legislative la luarea tuturor deciziilor care îi privesc pe copii. Potrivit art. 7 alin. 1, copilul are prin naștere dreptul la un nume, dreptul de a dobândi o cetățenie și, în măsura posibilității, dreptul de a-și cunoaște părinții și de a fi îngrijit de aceștia.

Art. 7 alin. 2 stipulează că statele părți vor veghea ca aplicarea acestor drepturi să respecte legislația lor națională și obligațiile pe care acestea și le-au asumat în temeiul instrumentelor internaționale aplicabile în materie, în special în cazul în care nerespectarea acestora ar avea ca efect declararea copilului ca apatrid.

În ceea ce privește interpretarea sintagmei ”în măsura posibilității”, se consideră că aceasta nu trebuie înțeleasă în sensul limitării dreptului copilului[10]. Se susține că această concluzie rezultă în mod indubitabil din examenul istoriei legislative a Convenției[11].

[9] Pentru dezvoltări a se vedea Evelyn Fox Keller, *Le siècle du gene, Gallimard,* Collection Bibliothèque des sciences humaines, 2003.

[10] Veronica B. Piñero, *This is Not Baby Talk: Canadian International Human Righs.Obligation Regarding the Rights to Health, Identity and Family Relation,* în *The Right to know one's origins,* Academic &Scientific Publisher, 2012, p. 264.

[11] *Idem.*

Forma inițială a art. 7 din primul proiect al Convenției, elaborate în 1978, prevedea doar dreptul copilului la nume și cetățenie. Discuțiile dintre statele părți s-au purtat în jurul modalității de implementare a dreptului copilului la naționalitate, care a creat controverse pe parcursul negocierii statelor[12]. În 1988, UNESCO a propus ca un nou paragraf să fie adăugat la cel propus inițial pentru art. 7, care prevedea dreptul copilului, prin naștere, la respectarea identității sale umane, rasiale, naționale și culturale și la demnitate, precum și obligația de a respecta identitatea umană, rasială, națională și culturală și demnitatea altora. Această propunere a fost adoptată de grupul de lucru, însă în timpul celei de-a doua lecturi din 1989, delegația Egiptului, reprezentând nouă țări arabe, a propus un amendament care stipula dreptul copilului de a-și cunoaște părinții, precum și dreptul la nume și de a dobândi o cetățenie. În susținerea acestui amendament, Egiptul a motivat că acesta este de natură să asigure stabilitatea psihologică a copilului, dezvoltarea psihologică și mentală a acestuia, contribuind în mod semnificativ la formarea personalității sale. În sprijinul propunerii sale, s-a invocate faptul că în cele mai multe cazuri s-a constatat că dreptul de a-și cunoaște părinții a fost esențial pentru copil. Delegația Germaniei, cea a fostei Uniuni a Republicilor Sovietice Socialiste și a Statelor Unite ale Americii și-au exprimat poziția față de acest amendament în sensul că, întrucât legislația lor reglementează dreptul la secretul adopției, dreptul copilului de a-și cunoaște părinții ar putea să pericliteze atâtea secrete. Având în vedere acest considerent, Statele Unite ale Americii au formulat o nouă propunere potrivit căreia copilul trebuie să aibă prin naștere dreptul la nume și înregistrare și dreptul de a dobândi o naționalitate iar, în măsura posibilității, dreptul de a-și cunoaște și de a fi îngrijit de părinții săi. Rezultă în mod evident că sintagma ”în măsura posibilității” a fost introdusă exclusiv pentru a ține cont de secretul procedurilor de adopție, iar nu pentru alt motiv. Sintagma a fost criticată de Noua Zeelenadă și Suedia pentru că lasă loc arbitrariului. Pentru a evita arbitrariul, Statele Unite ale Americii au propus adăugarea următoarei sintagme ”în interesul superior al copilului”. Suedia și-a exprimat poziția în sensul că va accepta amendamentul în varianta modificată de Satele Unite, dacă acesta va fi interpretat în interesul superior al copilului. Așadar, urmărind istoricul legislativ al Convenției, sintagma ”în măsura posibilității” trebuie interpretată teleologic, în sensul luării în considerare a interesului superior al copilului. Orice altă interpretare, care ar nesocoti interesul superior al copilului, ar fi contrară scopului urmărit de redactorii Convenției. Un comentator al Convenției susține că limita stipulată în Convenție prin sintagma ”în măsura posibilității” presupune că pot exista circumstanțe în care dreptul copilului de a-și cunoaște părinții biologici să fie limitat, însă o prohibiție absolută a acestui drept este contrară Convenției [13]. Totodată, orice limitare a exercitării acestui drept este contrară art. 2 alin.1 din Convenție potrivit căruia orice discriminare este prohibită. Prin urmare, recunoașterea dreptului doar în contextul adopției, și nu și în cazul reproducerii umane asistate reprezintă o discriminare interzisă de Convenție.

Art. 8 alin. 1 din Convenție prevede că statele părți se obligă să respecte dreptul copilului de a-și păstra identitatea, inclusiv cetățenia, numele și relațiile familiale, astfel cum sunt recunoscute de lege, fără nici o imixtiune ilegală. Alin. 2 al aceluiași articol dispune că în cazul în care un copil este lipsit în mod ilegal de toate sau de o parte din elementele constitutive ale identității sale, statele părți vor asigura asistența și protecția corespunzatoare pentru ca identitatea acestuia sa fie restabilită cât mai repede posibil.

[12] *Idem.*

[13] Ineta Ziemele, *Article 7: The Right to Birth Regsitration, Name and Nationality, and the Right to Know and Be Cared for by Parents*, în *A Commentary on the United Nation Convention on the Rights of the Childe,* André Alen, Johan Vande Lanotte, EugeenVerhellen,Fiona Ang, Eva Berghmans and MiekeVerheyde, 1-30, Leiden: Martinus Nijhoff Publisher 2007.

Pentru a interpreta corect prevederile referitoare la dreptul copilului la identitate este esențial să cunoaștem istoricul art. 8 din Convenție[14]. Inițial, acest articol nu s-a regăsit în proiectul Convenției formulat de Polonia în 1978. Ulterior, în anul 1985, Argentina a venit cu un text propus pentru art.8, după ce timp de 16 ani s-a confruntat cu un fenomen care a afectat generații întregi de argentinieni: răpirea copiilor deținuților politici, la ordinul dictatorilor argentinieni, și acordarea unor identități noi, false. Pentru a preveni răspândirea acestui fenomen și în alte țări, Argentina a propus recunoașterea dreptului copilului la păstrarea adevăratei și autenticei sale identități personale, legale și familiale. Sintagma ”identitate familială” a stârnit numeroase discuții întrucât conceptul nu era cunoscut în toate statele. De aceea, Olanda a cerut introducerea frazei, ”așa cum este recunoscută de lege”, după sintagma ”identitate familială”. Norvegia a cerut ca sintagma ”identitate familială” să fie înlocuită cu sintagma ”relații familiale”. În consecință, proiectul articolului a fost modificat. La a doua lectură a artciolului, realizată în perioada 1988- 1989, reprezentantul Mexicului, a încercat să modifice fără succes conținutul articolului, solicitând includerea sintagmei explicite ”elemente biologice ale identității”. Așadar, art. 8 a fost creat inițial având în vedere situația copiilor argentinieni răpiți, „născuți” sub o altă identitate decât cea biologică adevărată și, în niciun caz, copiii concepuți cu donator de gameți.

Cu toate acestea, astăzi se admite că, în lumina dezvoltării tehnologiilor reproductive umane din sec. XXI, art. 8 trebuie interpretat în sensul că dreptul la păstrarea include și dreptul de a fi informat asupra originii biologice[15]. Unii autori consideră că art. 8 alin. 1 nu are caracter exhaustiv, originea biologică fiind inclusă în noțiunea de identitate[16]. În același timp, se susține că, deși nu a fost scris cu reproducerea umană artificială ”în minte”, statele părți au obligația de a lua toate măsurile legislative sau administrative pentru a implementa dreptul la identitate, interpretat într-o manieră dinamică și cu condițiile zilei prezente ”în minte”[17]. În ceea ce privește sintagma ”în mod ilegal”, aceasta trebuie interpretată în sensul încălcării atât a legislației naționale, cât și a legislației internaționale[18].

Însă, Convenția internațională privind drepturile copilului trebuie coroborată, pe de o parte, cu Declarația Universală a Drepturilor Omului și Declarația Universală asupra Genomului Uman iar pe de altă parte, cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului și a Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Declarația Universală a Drepturilor Omului adoptată de Adunarea Generală a ONU la 10.09.1948 stipulează în art. 12 că: ”Nimeni nu va fi supus la imixtiuni arbitrare în viata sa personala, în familia sa, în domiciliul lui sau în corespondența sa, nici la atingeri aduse onoarei și reputației sale. Orice persoană are dreptul la protecția legii împotriva unor asemenea imixtiuni sau atingeri.” Declarația Universală asupra Genomului Uman și Drepturilor Omului, adoptată la 11 noiembrie 1997 de UNESCO, stipulează în art. 9 că, pentru a proteja drepturile omului și libertățile fundamentale, limitele principiilor consimțământului și confidențialității pot fi stipulate numai prin lege, pentru motive serioase și în limitele dreptului internațional public și dreptului internațional al drepturilor omului.

[14] Veronica B. Piñero, *op. cit*., p. 259.
[15] A se vedea Veronica B. Piñero, *op. cit*., p. 259.
[16] Jaap E. Doek, *Article 8 : The Right to Preservation of Identity and Article 9: the Rirght Not to Be Separated form His or Her Parents,* în *A Commentary on the United Nation Convention on the Rights of the Childe,* André Alen, Johan Vande Lanotte, EugeenVerhellen,Fiona Ang, Eva Berghmans and MiekeVerheyde, 1-30, Leiden: Martinus Nijhoff Publisher 2006.
[17] *Idem.*
[18] Geraldine Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Tha Hague: Martinus Nijhoff Piblisher 1998, p. 119.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a stabilit în câteva decizii privind aplicarea art. 8 din Convenție în cazul minorilor că statele membre trebuie să ia în considerare principiul interesului superior al copilului atunci când reglementează acțiunile în stabilirea adevăratei filiații față de părinții biologici[19], accesul la originea sa genetică sau biologică[20], stabilirea filiației copilului născut din gestația pentru altul față de tatăl său biologic și recunoașterea identității acestui copil în societate[21].

De asemenea, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a decis că între instrumentele internaționale pe care le ia în considerare la aplicarea principiilor generale de drept al Uniunii se află și Convenția internațională a drepturilor copilului de la New York[22].

În lumina acestor convenții internaționale, ratificate de România, dispozițiile din Dreptul nostru referitoare la anonimatul donatorilor de gameți și confidențialitatea informațiilor privind repoducerea umană asistată sunt contrare dreptului internațional al drepturilor omului. Prin urmare, judecătorul român chemat să soluționeze litigii având ca obiect divulgarea informațiilor privind originea genetică sau identitatea genetică în cazul reproducerii umane asistate este obligat ca, în temeiul art. 4 C. civ., să aplice cu prioritate aceste reglementări internaționale.

III.Concluzii. Reglementarea reproducerii umane asistate nu se focalizează asupra intereselor copilului, ci asupra drepturilor și interesele adultului. Astfel, anonimatul donatorilor de gameți confidențialitatea informațiilor în cadrul reproducerii umane asistate sunt drepturi recunoscute în beneficiul adulților implicați în proiectul asupra viitorului copil. Aceste drepturi intră în coliziune cu dreptul copilului la stabilirea filiației și dreptul de a-și cunoaște originea genetică sau identitatea biologică, recunoscute de reglementările internaționale și jurisprudența Curților europene de justiție de la Strasbourg și Luxembourg. Coliziunea este posibilă deoarece principiul interesului superior al copilului nu este luat în considerare nici înainte de concepția copilului, nici după nașterea sa. Prin urmare, principiul de bioetică al benficiului este aplicat în cazul părinților, însă nu este aplicat și în cazul copiilor. Totodată, principiul non-maleficienței este aplicat în cazul părinților, dar nu și în cazul copilului, al cărui interes este vătămat.

De asemenea, discriminarea sesizată în materia filiației între drepturile copilului conceput în mod natural și drepturile copilului conceput în mod artificial este favorizată de lege, fiind o consecință a nesocotirii principiului interesului superior al copilului. Statul Român, cel care prin ratificarea Convenției internaționale privind drepturile copilului și-a asumat rolul de garant al drepturilor copilului stabilite în Convenție și, totodată s-a obligat să vegheze la protecția acestor drepturi și să le implementeze în legislația sa națională, trebuie să înceteze să nesocotească principiul interesului superior al copilului și să-i recunoască locul cuvenit - primatul - în cadrul reglementării reproducerii umane asistate. Dincolo de secrete, dincolo de ”minciunile” legii, se află adevărata identitate umană, rasială, biologică, culturală,

[19] Cauza *Mikulic c/Croația*, 07.02.2002.

[20] Cauza *Godelli c/Italia,* 25.09.2012; cauza *Pascaud c/ Franța*, 16.06.2011.

[21] Cauzele *Mennesson ș.a.c/Franța , Labasse ș. a. c/Franța*, 26.06.2014. Cele două cause au fost generate de refuzul de a recunoaște în Dreptul francez filiația legal stabilită în Statele Unite ale Americii între copiii născuți din gestația pentru altul și cuplul care a recurs la această metodă. Curtea a decis că Franța a încălcat dreptul copiilor la respectarea vieții private, negând atât efectele filiației stabilite în Statele Unite ale Americii cât și identitatea lor în ordinea juridică franceză. Curtea a apreciat că această contradicție aduce atingere identității copiilor în societatea franceză. În opinia noastră, această soluție este în acord și cu art. 7 din Convenția internațională a drepturilor copilului, care recunoaște dreptul copilului, din momentul nașterii, la identitate și la cetățenie.

[22] *Precitată*. A se vedea *supra*, nota 6.

care trebuie redată copilului, în numele demnității sale umane, fără niciun obstacol, fără nicio discriminare.

Bibliografie

1.Monique Bandrac, *L`inegalité des père et mère face à la transparence des origines,* în *L`identité génétique de la personne entre transparence et opacité*, Dalloz, Paris, 2007.

2. Geraldine Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Tha Hague: Martinus Nijhoff Piblisher 1998.

3. Jaap E. Doek, *Article 8 : The Right to Preservation of Identity and Article 9: the Rirght Not to Be Separated form His or Her Parents,* în *A Commentary on the United Nation Convention on the Rights of the Childe*, André Alen, Johan Vande Lanotte, EugeenVerhellen,Fiona Ang, Eva Berghmans and MiekeVerheyde, Leiden: Martinus Nijhoff Publisher 2006.

4. Evelyn Fox Keller, *Le siècle du gene,* Gallimard, Paris, Collection Bibliothèque des sciences humaines, 2003.

5. Ian Mitchell, *Historical Aspects of Advanced Reproductive Technology*, în *The Right to know one's origins*, Academic &Scientific Publisher, 2012.

6. Veronica B. Piñero, *This is Not Baby Talk: Canadian International Human Righs.Obligation Regarding the Rights to Health, Identity and Family Relation,* în *The Right to know one's origins*, Academic &Scientific Publisher, 2012.

7. Ineta Ziemele, *Article 7: The Right to Birth Regsitration, Name and Nationality, and the Right to Know and Be Cared for by Parents*, în *A Commentary on the United Nation Convention on the Rights of the Childe*, André Alen, Johan Vande Lanotte, EugeenVerhellen,Fiona Ang, Eva Berghmans and MiekeVerheyde, Leiden: Martinus Nijhoff Publisher 2007.

THE PRINCIPLE OF LIABILITY FOR BREACH OF COMMUNITY LAW

Ionuț Tudor, PhD Researcher, "Al. Ioan Cuza" University of Iași

Abstract: Although the European Court of Justice has taken an important step in stating a general principle of liability for breaching of Community law, its jurisprudence hasn't configured a kernel of liability. The Francovich case is exemplary because it allows individuals to sue any Member State. In this case, ECJ developed three requirements for liability. I intent to follow the path taken by the Court, to detail the requirements for liability, explain the relevance of this form of liability for the direct effect and indicate the connection with the principle of the effectiveness of Community law. The jurisprudence of the Court developed by acknowledging the Community liability of private persons, as stated in Courage v. Crehan. However, the emergence of this principle has not had such an important impact in practice, an issue which remains to be supplemented in the future by way of jurisprudence or statutory means.

Keywords: European Court of Justice, liability of Member States, requirements of liability, EU law, direct effect.

Introduction:

The idea of Member States liability is located at a crossroad between the imperative of an autonomous legal order of the European Union and the necessity to protect individual rights. Due to disparities between legal orders, The European Court of Justice (from now on, ECJ) has taken up the task of translating the idea of "Unity in diversity" into a practical aspect that will create the framework for an united Europe, with a common shared perspective. But the legal traditions cut deeply across this unifying perspective. There are Member States that questioned the idea of the supremacy of ECJ on national courts (the *Kompetenz-Kompetenz* doctrine), others considered that their internal system of law imposes far superior rights to individuals (England). This disparity is, as Damien Chalmers puts it, like two tectonic plates: "On the one hand, there is the logic of competing legal orders. This pushes for the primacy of EU law but acknowledges the autonomy of local legal orders, the sensitivities involved, and the difficulties of imposing uniform and centralised solutions. On the other, there is the logic of
individual rights which pushes for the full protection of individual entitlements"[1].

Although the Court didn't manifest too many reserves in imposing the autonomy of European Union law and its supremacy over national legal systems, it was very precautionary in imposing sanctions to the Member States when it came to their liability for legislative acts. The Court stated that the Member States are liable for loss or damage caused to individuals as a result of a breach of Community law. The *Francovich*, *Brasserie du Pêcheur* and *Factortame* cases underline this form of liability. But, establishing a principle of liability hasn't had a major impact on national legal systems, because the Court imposed a rigid criteria for establishing liability: the Member States will be held accountable only when there is "a serious breach of a superior rule of law which intends to confer rights on individuals"[2].

[1] Damien Chalmers, Gareth Davies, Giorgio Monti, *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 312.
[2] Cees van Dam, *European tort law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 16.

Thus, it seems that the Court manifests circumspection in establishing a coercive principle of liability, although manifestly has imposed a general principle. We want to trace the source if this inconsistency, but keeping in mind that a general rule of liability has emerged, conferring to individuals supplementary rights against the Member States.

I. Historical and contextual background:

As stated in Article 288 (ex Article 249) of Lisbon Treaty, a Directive "shall be binding as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to national authorities the choice of form and method". Thus, the purpose of a Directive is not to *unify* the laws of the Member States, but to *harmonize* them. As a general rule, it is considered that for a Directive to be effective into national legislations it has to be transposed by the competent authority. However, the issue is not without controversy. There are opinions, especially of those connected to the *common law*, according to whom Directives are directly dependent on the implementing measures of the Member States[3]. On the other hand, other scholars argue that Member States have only a competence to implement Directives. Further, until the moment when they are transposed into national law, one cannot say that those Directives do not exist from a legal point of view[4]. This seems to sustain the idea that, although a Directive is not yet implemented, it retains the features of a legal entity. The idea was fully developed by the ECJ in Case 26/62 *Van Gend en Loos*, in which the claimant contested the extra charges imposed by Netherlands authorities on imports from Germany, considering them as an infringement of Article 12 (now Article 30). The ECJ took the opportunity to address the issue of direct application of Community law, meaning the prerogative of individuals to invoke in front of national courts individual rights which these courts must protect. Considering the objectives of the EEC Treaty to establish a Common Market, the functioning of which is of direct concern to interested parties in the Community, this means that the Treaty is more than an international agreement. It is "a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights…", albeit within limited fields, and subjects of which comprise not only Member States but also their nationals. Independently of the legislation of Member States, Community law therefore not only imposes obligations on individuals but is also intended to confer upon them rights which become part of their legal heritage"[5]. The criteria were stated by the ECJ: for a provision of EU law to produce direct effect it must be sufficiently clear and precise and unconditional in that it is capable of judicial application without any need for adoption of

[3] See, John Tillotson, Nigel Foster, *European Union Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 2003, p. 69. The main thrust of the authors' arguments consist in comparing the acts of the Community to delegated legislation. Their authority is derived "from the fact that they are brought to force by institutions invested with the necessary power, *where specific Articles of the Treaty so provide:* for example, Article 40 (formerly 49) which authorises the Council and the Parliament jointly to issue Directives or make Regulations in order to bring about freedom of movement for workers; or Article 95 (formerly 100) which grants the Council and the Parliament power to adopt measures for the harmonisation of the laws of the Member States in the course of the establishment and functioning of the Internal Market. In that they derive their authority from the Treaty (which is an act of the Member States) and so rank below it, Community acts can be compared to delegated legislation. Whereas neither the Community Courts nor national courts have the power to test the validity of the Treaty (which can be regarded as the constitutional document), the validity of Community acts can be challenged either directly before the Court of Justice or the CFI, or indirectly in a national court on the basis of the Court's preliminary rulings jurisdiction under Article 234(1)(b) (formerly 177(1)(b))". The British authors seem to consider EU law similar to international treaties and superimpose their manner of incorporation on European law.

[4] Alina Kaczorowska, *European Union Law*, Routledge, Abigdon, 2011, p. 300.

[5] Case 26/62 (*Van Gend en Loos v Nederlanse Administratie de Belastingen*), ECR 1963, 1, 12.

further implementing measures, either at national or EU level. Subsequently, the ECJ considered that provisions also have "horizontal direct effect", which means that individuals may bring an action against another individual for infringing a rule of Community law[6]. However, provisions of a Directive do not have direct horizontal effect[7]. This ruling was confirmed in the *Dori* case from 1994, when the Court considered that "…in the absence of measures transposing the directive within the prescribed time-limit, consumers cannot derive from the directive itself a right of cancellation as against traders with whom they have concluded a contract or enforce such a right in a national court"[8]. This decision was put under hard scrutiny. Although a number of Advocates-General have pleaded in favour of full direct horizontal effect and despite academic criticism, the Court insisted on the formal requirement that directives should have vertical direct effect only.[9]

An alternative to direct horizontal effect of Directive provisions is the indirect horizontal effect, or purposive interpretation (or teleological), sustained by the ECJ in *Von Colson*[10]. The idea underlying this ruling is that any national court is obliged to interpret domestic law in the light of the text and objectives of EU law, which in this particular case was a Directive. This possibility was prefigured by *Mazzalai*[11], but its definitive fulfilment came ten years after *Von Colson*, in *Pfeiffer*, when the ECJ held that the "…requirement for national law to be interpreted in conformity with Community law is inherent in the system of the Treaty"[12]. By this case, concerning emergency workers claiming that German legislation imposing a weekly working time exceeding 48 hours was in breach of EC Directives, the ECJ "invested" the national courts with the prerogative to interpret the entire national law in the light of the purpose of the Directive in order to achieve the outcome consistent with the EU law. Somehow, it seems that the ECJ wanted to escape the vicious circle of explaining over and over again the relation between Directives and national law, "delegating" to national courts an active role in interpreting Directives.

However, the guarantees imposed by direct or indirect effect of EU law are not enough. Of course, the main impediments of enforcing EU law were ascribable to the Member States themselves, by various reasons. That's why, it came natural for the ECJ to develop the principle of liability of Member States for breach of EU law.

II. The emergence of a principle of liability for breach of EU law

The *Francovich* case is paramount for the development of Member States liability for breach of EU law. It arose to bridge the gap inherent in the Directives themselves, for there are situations when these don't offer remedies to individuals, although the protection of rights is granted. "One is where there is no national measure to interpret, and the other is where the national legislation contradicts the Directive"[13]. The ECJ progressively developed this principle of liability through a series of cases.

1. The *Francovich* case in a nutshell

As a result of the bankruptcy of his employer, Francovich lost 6 million lira. Although he sued he employer, the judgment could not be enforced because his employer had become

[6] Case 43/75 (*Defrenne v Sabena*)., ECR 1976, 455, 476.
[7] Case 152/84 (*Marshall v Southhampton and South-West Hampshire AHA (Marshall (No.1)*), ECR 1986, 723, 749.
[8] Case C-91/92 (*Dori v Recreb Srl*), ECR 1994, I-3325.
[9] Cees van Dam, *op. cit.*, p. 28.
[10] Case 14/83 (*Von Colson and Kamann v Nordhein-Westfalen*), ECR 1984.
[11] Case 111/75 (*Mazzalai v Ferrovia del Renon Case*), ECR 657, para. 10.
[12] Case 397-403/01 (*Pfeiffer and others v Deutsches Rotes Kreuz*), ECR 2004, I-8835, para. 119.
[13] Damian Chalmers, *op. cit*, p. 301

insolvent. In a second stage, in 1991, he sued the Italian state for sums due, or for compensation in lieu, under Council Directive 80/987, which was not implemented in Italy although the prescribed time limit had already elapsed. The Directive concerned the protection of employees in the event of the insolvency of their employers required that the Member State set up a scheme under which employees of insolvent companies would receive at least some of their wages. It should have been implemented by October 1983, and in 1987 the Commission brought a successful enforcement action against the Italian government for its failure to transpose the Directive[14]. Even after the judgment, there was still no transposition. The issue arose in Francovich, and the Italian Court asked preliminary questions to the ECJ.

2. The meaning of Francovich

The Court considered that the Directive 80/987 did not have direct effect, which should be interpreted that Mr. Francovich did not have the right to invoke direct protection on the basis of that Directive. The conditions of direct effect- to be clear, precise and unconditional, were not applicable to Directives. However, the Court discussed the issue of whether a Member State could be liable for damage caused by the violation of a duty which is imposed upon it by EU law.

Because the Treaty has created a *sui generis* legal order, integrated into the legal systems of the Member States, and because the subjects of this legal order are not only States, but also their nationals, this means that EU law legal framework becomes embedded in the legal patrimony of each legal system. EU law imposes not only obligations to the nationals, but also rights. Thus, these rights emerging from the EU law, with the condition to be clearly defined, arise not only where they are expressly granted by the Treaty but also by virtue of obligations which the Treaty imposes both on individuals and on the Member States and the EU institutions.

The national courts must have an active role in the protections conferred by EU law, because these courts are directly involved in the process of guaranteeing the full effectiveness of EU provisions. There must be no impediment from a Member State regarding the protection of rights in the form of inability to obtain redress. The possibility of obtaining redress from the State is important, because the full effectiveness of EU law is subject to prior action on the part of the State and where, consequently, in the absence of such action, individuals cannot enforce before the national courts the rights conferred upon them by EU law.

That's why, the ECJ stated clearly that "It is a general principle inherent in the scheme of the Treaty that a Member State is liable to make good damage to individuals caused by a breach of Community law for which it is responsible" (para. 37). The ECJ based this principle on the more general principle of the effectiveness of Community law and the corresponding need that the rules of Community law take full effect and that the rights which they confer on individuals must be protected (para. 32). Against this background the Court concluded that the principle of liability is inherent in the system of the Treaty[15].

At this point, the Court developed three requirements of liability:

1) The result required by the directive must include the conferring of rights for the benefit of individuals;

2) The content of those rights must be clearly identifiable by reference to the directive;

3) There must be a direct causal link between the breach of the obligation resting on the State and the damage sustained by the injured parties.

[14] Case 22/87 (Commission v Italy), ECR 143

[15] For an extended debate, see Damien Chalmers, *op. cit.*, pp. 301-303 and Cees van Dam, *op. cit.*, p. 205

These three conditions must be fulfilled cumulatively for a right to compensation, directly based in EU law. These conditions have been further clarified in subsequent cases.

Ironically, the case, although it coined a principle, ended rather badly for Signor Francovich. The Court considered that Francovich's claim did not come within the scope of application of the Directive because his employer was not one against whom a collective procedure on behalf of the creditors could be brought under Italian law.

III. Reinforcement of the principle

1. Relevant case law

As stated before, the principle was refined through a series of cases. After *Francovich*, *Brasserie du Pêcheur* and *Factortame* are of the utmost importance because they link the liability of the State with the Treaty, namely Article 340 (ex Article 288).

Brasserie, a French brewer, brought proceedings in a German court against Germany for losses it had suffered as a result of a ban imposed by the German authorities on beer which did not comply with the purity standards imposed by the German law. The German authorities imposed a ban on importing the beer produced by *Brasserie du Pêcheur*. In case 178/84 (Commission v Germany) the ECJ had already ruled that such a ban was incompatible with Article 34 (ex Article 28).

In *Factortame*, a Spanish company was deprived of its right to fish within the UK's quota because the UK Government had enacted an act that made the registration of fishing vessels dependent on their owner's nationality.

In the light of these two cases, the ECJ refined the criteria of liability:

1) The rule of law infringed must be intended to confer rights on individuals;

2) The breach must be sufficiently serious and the State must have "seriously and gravely" disregarded its obligations;

3) There must be a direct causal link between the breach of the obligation resting on the State and the damage sustained by the injured parties.

The link between these cases and Article 340 of TFEU is provided by the ECJ in *Brasserie du Pêcheur*, when the Court considered that the protection of the right derived from EU law cannot vary depending on whether a national or European authority is responsible for the damage, unless there is a particular justification for a different regime.

2. Liability of individuals for breach of EU law

As a final step in establishing a coherent principle of liability, the ECJ ruled in *Courage v Crehan* that it is possible to held liable private persons, not only states[16].

Inntrepreneur Estates Limited (IEL), co-owned by Courage Limited and Grand Metropolitan plc, entered into two 20 years leases with Mr. Crehan. The trade tie was not negotiable and Mr. Crehan had to purchase a fixed minimum quantity of beers at prices stated in Courage's price list. Courage sued Mr. Crehan for around £15.000 for unpaid beer deliveries. The plaintiff argued that the claim was breaching Article 81 EC and that he was entitled to damages, contending that Courage sold its beers to other pub tenants at considerably lower prices. According to English law, a person is not entitled to claim damages following an illegal agreement. So, Crehan could have not claim damages according to English law. However, the ECJ did not took this issue into consideration, stating that even a party to a contract that was liable to restrictions or distortions of competition could rely before a national court. Because national courts have a duty to protect the rights conferred to individuals by EU law, they must accept a claim of damages for losses caused by the contract.

[16] Case C-453/99 (*Courage v Crehan*), ECR 2001

But, national courts have the possibility to refuse relief to a party that had an unlawful conduct creating distortions in competition. Probably, the ECJ did not want to superimpose a rule of liability from EU law on a rule from the national law, but only intended to ensure the effectiveness of EU law when the litigation concerns two individuals.

3. Member States liability for judicial decisions

Almost as a matter of necessity, after the above-mentioned cases, arose the problem of liability of Member States for decisions of their national courts which were in breach of Community law.

Köbler (2003) is about an Austrian university professor applied under national law for the special length-of-service increment for his type of profession. However, the increment was conditioned by a period of 15 years at an Austrian university and the duration at universities from other Member States was not taken into account. Köbler considered it an unjustified indirect discrimination breaching EU law. The Austrian court dismissed the claim on the ground that the increment was a loyalty bonus which justified derogation from the Community law provisions on freedom of movement for workers. The Austrian Court of First Instance referred to the ECJ for a preliminary ruling on the interpretation of Article 39 EC (freedom of movement for workers) and on the application of the Francovich case law on acts of the judiciary.

The ECJ considered that the principle for breach of EU law does not apply if the infringement stems from a decision of a national legislator or executive power, or from a decision of a national court adjudicating at last instance. Excepting the national judiciary from liability for breach of Community law would call in question the full effectiveness of EU rules. Several governments had intervened against the proposed application of state liability to the conduct of courts of last instance. These included arguments based on the principle of legal certainty, on *res judicata*, on the independence and authority of the judiciary, and on the evident problem of absence of a superior court to rule against the conduct of a court of last instance. However, the ECJ rejected them all. "The Court drew support for its conclusions from the fact that under the ECHR (European Court of Human Rights), state reparation can be obtained for infringements of the Convention stemming from a decision of a national court of last instance"[17].

In the arguments, the ECJ reiterated the requirements of liability: conferment of rights on individuals, sufficiently serious breach, and a direct causal link between breach and damage. The second condition interested the Court, stating that in case of a judicial decision Member State liability can appear only in the exceptional case where the court has manifestly infringed the applicable law. Relevant factors are: the degree of clarity and precision of the rule infringed, whether the infringement was intentional, whether the error of law was excusable or inexcusable, the position taken, where applicable, by a Community institution and non-compliance by the court in question with its obligation to make a reference for a preliminary ruling[18].

Further, regarding the freedom of movement of workers, as stated in the Treaty, could not be undermined by the article in the Austrian national law conditioning the increment by a period of 15 years in an Austrian university. There was no pressing public interest reason. Yes, the initial Austrian court infringed EU law, but this breach was not sufficiently serious. Firstly, the EU law did not cover this point. Secondly, the Austrian court had withdrawn its

[17] Paul Craig, Grainne de Burca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p.333

[18] Cees van Dam, *op. cit.*, pp. 205-206

request for a preliminary ruling on the view that the answer had been given in *Schoning-Kougebetopoulou* but this was based in incorrect reading of the judgment.

It seems that in the opinion of the Court an incorrect interpretation of ECJ's case law could be an unintentional mistake that cannot be considered a manifest mistake, unless proven otherwise. Only a manifest mistake could be the source of a sufficiently serious breach, the second requirement of liability. We can interpret this twist as a supplementary imposition of rules. But, we don't have to wonder too much, it's the Court's *modus operandi*. Of course, it's not a problem of rationality, as if these ulterior criteria are not in order, but one does not have to rely on the Court's predictability. In the end, just as for Signor Francovich, Mr. Köbler lost the case. However, in *Traghetti del Mediterraneo*, the ECJ condemned Italian legislation which sought to restrict state liability for damage caused by a last instance court. In the end Mr. Köbler left a deep mark in EU case law, although he did not benefit from a probably well-deserved increment.

Conclusions

The case law that coined a functional mechanism of liability for breach of EU law took about a decade to develop. During this time the ECJ steered bravely through rough tides, from the suspicion that a principle like this is even possible (as in *Francovich*), to astonished interpreters regarding the lack of extension on liability of individuals for breach of EU law (as in *Crehan*). In present, the principle of state responsibility has potentially far-reaching implications for the enforcement of EU law. If an individual has a definable interest protected by a directive, failure by the state to act to protect that interest may lead to state liability where the individual suffers damage, provided causation can be demonstrated. E.g., the directives on health and safety at work, on equal treatment of women and men, and an increasing number of directives regulating individual and collective interests of workers, are a fertile field for exploration of the scope of state liability[19].

As one can easily see, the principle is not definitely determined and a person who wants to invoke it in court must be very cautious. Although the principle is appealing, and one may consider it a safe course of legal action, we see that there are many intricacies connected to it. However, its simple existence is of the utmost importance because it binds more closely national law to EU law. The application and effectiveness of EU would be less realized if such a principle missed from the panoply of general rules.

Bibliography

Chalmers, Damien, Davies Gareth and Monti Giorgio, *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010

Craig, Paul, Grainne de Burca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2007

Dam, Cees van, *European tort law*, Oxford University Press, Oxford, 2009

Fuerea, Augustin, *Manualul Uniunii Europene*. Editia a V-a, Ed. Univers Juridic, 2011

Kaczorowska, Alina, *European Union Law*, Routledge, Abigdon, 2011

Rusu, Ioana Eleonora and Gorning, Gilbert, *Dreptul Uniunii Europene*, Ed. C.H. Beck, București, 2009

Tillotson John, Foster, Nigel, *European Union Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 2003

[19] http://www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary/definitions/stateliability.htm

http://www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary/definitions/stateliability.htm

This work was supported by the strategic grant POSDRU/159/1.5/S/141699, Project ID 141699, co-financed by the European Social Fund within the Sectorial Operational Program Human Resourses Development 2007-2013

SOCIAL ROLES AND FUNCTIONS REQUIRED BY MEDIA FREEDOM OF EXPRESSION IN LIBERAL DEMOCRACIES

Valentina Chiper, PhD, Postdoc Researcher, Romanian Academy

Abstract: With the advent of technology, the Internet and its multiple applications, so the channels they use freedom of expression, classic communication system has changed, so that freedom of expression has turned from a freedom conceived in some respects as a solitary freedom into mass communication. Therefore, the emotional and the affection prevails over reason, instead of "communication of thoughts and opinions," concepts which determines the classic freedom of expression. On the other hand, although it is a human right of the first generation is becoming increasingly dependent on economic, social and cultural rights representative of the second generation.

This article aims to analyze this occurring changes, with the direct or indirect effects on social roles and functions required by the Media Freedom of Expression, presenting the report of the ideological legitimacy of the freedom of expression and democracy (first part), the functions media (second part) and provided of the journalist (third party), in liberal democracies.

Keywords: freedom of expression, democracy, media functions, provided of journalist.

§1. Raportul ideologic de legitimitate dintre libertatea de exprimare şi democraţie

Libertatea de exprimare reprezintă unul dintre atributele majore ale personalităţii umane, una dintre cele mai vechi libertăţi cetăţeneşti, cunoscută fie sub această denumire, fie ca şi libertate a cuvântului sau a presei[1]. Libertatea de exprimare este deopotrivă un drept individual care ţine de libertatea spirituală a fiecărei persoane, cât şi un drept colectiv întrucât permite comunicarea cu ceilalţi[2]. Izvorul acestei libertăţi este critica. Această libertate garantată implică dreptul fiecăruia de a-şi alege termenii apreciaţi a fi cei mai apropiaţi de expresia gândurilor sale.

Legătura profundă dintre libertatea de exprimare şi democraţie este bazată pe „un raport ideologic de legitimitate”[3]. Statul de drept presupune recunoaşterea libertăţii de exprimare la nivel constituţional. Totodată, procesul de constituţionalizare a libertăţii de exprimare în democraţie ridică problema raportului său cu celelalte libertăţi.

Libertatea de exprimare presupune din partea statului, în primul rând neutralitate pasivă faţă de diversitatea formelor de exprimare, care cer respectul faţă de opiniile fiecărei persoane. Pe de altă parte, statul trebuie să vegheze asupra respectării pluralismului opiniilor, gândurilor şi a credinţelor.

În prezent, având în vedere evoluţia actuală a regimului său juridic în raport cu alte libertăţi sau principii fundamentale, care denotă un echilibru fragil, libertatea de exprimare

[1] Valentina Mihalcea (Chiper), *Libertatea de exprimare*, Teză de doctorat susținută public în februarie 2014, Craiova, p. 10.
[2] Fréderic Sudré, *Drept european şi internaţional al drepturilor omului,* Editura Polirom, Iaşi, 2006, p. 351.
[3] Louriane Josende, *Liberté d´expression et démocratie. Réflexion sur un paradoxe*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 247.

apare tot mai des, drept o libertate „fragmentată”[4]. Deşi este un drept al omului din prima generaţie, devine din ce în ce mai dependentă de drepturile economice, sociale şi culturale reprezentative pentru cea de-a doua generaţie.

Atât jurisdicţia constituţională europeană, cât şi jurisdicţia americană, au adoptat o concepţie a libertăţii de exprimare extensivă, libertatea de exprimare protejând toate comunicările publice prin orice mijloc, precum vorbe, imagini, scris, curierat electronic, editare, precum şi comportamentele susceptibile de a vehicula un mesaj, politic, religios, economic sau artistic.

Prin Hotărârea dată în Cazul Handyside contra Regatului Unit al Marii Britanii din 7.12.1976, Curtea de la Strasbourg subliniază importanţa libertăţii de exprimare în societatea democratică: „Libertatea de exprimare constituie unul dintre fundamentele esenţiale ale unei societăţi democratice, una dintre condiţiile primordiale ale progresului ei şi al împlinirii fiecăruia. Sub rezerva paragrafului 2 al articolul 10, este valabilă nu numai pentru informaţiile sau ideile primite favorabil sau considerate inofensive ori indiferente, ci şi pentru cele ce rănesc, şochează sau neliniştesc statul sau un segment oarecare al populaţiei. Aşa vor pluralismul, toleranţa şi spiritul de deschidere, fără de care nu există societate democratică”[5].

Obligaţia guvernului de a asigura libertatea presei decurge din dreptul la informare şi dreptul la liberă exprimare. În jurisprudenţa Curţii Europene protecţia libertăţii de exprimare oferită de Convenţia Europeană se bazează în mare măsură pe dreptul publicului de a cunoaşte: *nu numai că presa are sarcina de a difuza informaţii şi idei privind chestiuni de interes public; publicul are şi el dreptul de a le primi*[6].

Existenţa şi funcţionarea unei societăţi democratice are la bază discuţiile publice, schimbul de idei sau opinii şi mai ales critica. Presa şi mijloacele de comunicare în masă sunt reprezentative pentru o democraţie. Media ocupă un loc privilegiat în regimurile democratice. Libertatea media cuprinde atât presa, cât şi radiodifuziunea, cinema-ul, internetul, precum şi toate celelalte media de mase. Libertatea presei cuprinde toate activităţile specifice presei, căutării, creării şi difuzării de informaţii.

Dreptul media şi al comunicării atinge atât ramurile de drept public, cât şi de drept privat, de drept intern, cât şi de drept european şi internaţional, noţiunea de publicare constituind punctul comun a diferitelor activităţi de informare şi de comunicare. *Dreptul comunicării organizează toate formele de difuzare a ideilor, informaţiilor şi a cunoştinţelor prin scris, imagine, sunet sau prin orice altă tehnică destinată publicului* [7].

Libertatea de exprimare cuprinde deopotrivă libertatea de emisie şi libertatea de recepţie. Articolul 10 din Convenţia drepturilor omului şi cetăţeanului prevede libertatea de a primi sau de a comunica informaţii sau idei, iar Convenţia din 1989 privind televiziunea transfrontalieră, în preambul, se referă la „dreptul de a exprima, de a cerceta, de a primi şi de a comunica informaţii şi idei”. „Noile mecanisme şi tehnologii de comunicare determină o continuă extindere a sferei beneficiarilor efectivi ai libertăţii de exprimare”[8].

---

[4] Jean Morange, *La liberté d'expression*, Editura Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 1- 19, traducerea noastră „liberté éclatée”.

[5] CEDO, cauza Tammer c. Estoniei, Hotărârea din 6 februarie 2001; CEDO, cauza Prager şi Oberschlick c. Austriei, Hotărârea din 26 aprilie 1995.

[6] CEDO, cauza Leander c. Suediei, Hotărârea din 26 martie 1987; CEDO, cauza Open Door Counselling and Dubln Well Woman Centre c. Irlandei, Hotărârea din 29 octombrie 1992.

[7] Laurent Delprat, Céline Halpern, *Communication et Internet: pouvoir et droits*, Collection Lire Agir, Librairie Vuibert, Paris, 2007, p. 7.

[8] Horaţiu Dan Dumitru, *Libertatea de exprimare şi viaţa privată. Conexiuni constituţionale şi civile*, în Pandectele Române, nr. 5/2012, p. 46.

Canalul audiovizual a cunoscut o naştere relativ nouă în lumea mass-mediei, respectiv la sfârşitul secolului al XIX- lea, dar şi o dezvoltare rapidă, fiindu-i asociate funcţii multiple şi importante, precum informare, divertisment, educare, dar şi disfuncţii importante, precum manipularea, telerecepţia în mod excesiv, efemeritatea mesajului. *Elementul cheie ce poate contracara efectul negativ al canalului audiovizual este reprezentat de pluralism. Acesta dă posibilitatea diferitelor curente de opinie de a se exprima, de a coabita şi de a se confrunta în dezbaterea publică, ceea ce va conduce la o reprezentare a unei societăţi diversificate şi în continuu proces de modificare*[9].

§2. Funcţiile mass-media

Schimbarea sistemului de comunicare clasic, prin apariţia tehnologiilor şi schimbarea canalelor pe care le utilizează libertatea de exprimare, a condus la o puternică transformare a acesteia dintr-o libertate concepută în unele privinţe ca o libertate solitară, într-o comunicare de mase.

O mare parte dintre analiştii fenomenelor mediatice, pornind chiar cu Joseph Klapper, apreciază că mijloacele de informare în masă au rolul doar în întărirea comportamentele si atitudinile existente şi nu în provocarea schimbării acestora. Ar fi o ipoteză destul de serioasă, care dacă ar fi veridică în totalitate, ar conduce la excluderea importantului rol critic, educativ, evolutiv şi democratic pe care trebuie să îl joace libertatea de exprimare media. Ca şi constantă, apreciem că funcţiile esenţiale exercitate de mass-media sunt: funcţia de informare, funcţia de comunicare sau de legătură, funcţia de interpretare şi limbajul mediatic.

2.1. Funcţia de informare

Informaţia reprezintă difuzarea de elemente ale cunoaşterii, opinii şi argumente, care se adresează inteligenţei destinatarului, permiţându-i a emite propriile opinii. Per a contrario, comunicarea este sinonimă cu publicitatea sau propaganda, nevizând raţiunea sau inteligenţa, ci emoţia, având ca finalitate verbul „a vinde”.

Viaţa publică întreţine în mod voit o confuzie între conceptul de comunicare şi cel de informare, deşi cele două noţiuni vizează realităţi opuse. Totodată, informaţia este un prim element pe care îl presupune cunoaşterea. Informaţia este un ingredient esenţial al formării atitudinilor care susţin sau inhibă schimbarea într-o societate[10].

Dreptul la informare cuprinde deopotrivă dreptul de *a comunica* informaţii, de *a le difuza*, precum şi dreptul pentru public de *a primi* aceste informaţii. Informaţiile pot afecta atât viaţa privată, cât şi interesul public, în general. Dreptul de a primi informaţii care afectează viaţa privată sau de familie, include dreptul de a-ţi cunoaşte propriul trecut, dreptul de a controla informaţiile, dreptul de a primi informaţii care pot beneficia vieţii private a unei persoane sau al unui grup de persoane.

Articolul 31 din Constituţia României reglementează dreptul la informaţie distinct de libertatea de exprimare, drept de a doua generaţie, înţelegând prin dreptul la informaţie, dreptul persoanei de a avea acces la orice informaţie de interes public, autorităţile publice având obligaţia să asigure o informare corectă asupra „treburilor publice şi asupra problemelor de interes personal”. Obligaţia de informare corectă aparţine deopotrivă mijloacelor de informare în masă, potrivit articolul 31 pct. 4 din Constituţie „mijloacele de informare în masă, publice sau private sunt obligate să asigure informarea corectă a opiniei publice”. Dispoziţiile articolul 30 din legea fundamentală, prevăd exprimarea gândurilor, a

[9] Ştefan Deaconu, *Libertatea de exprimare prin intermediul serviciilor publice de radio şi televiziune,* Revista Juridică, Editura All Beck, nr. 1/2001, Bucureşti, 2001, p. 11.
[10] Asociaţia Română pentru Transparenţă, *Accesul la informaţia de interes public în România*, Bucureşti, 2001, p. 5.

opiniilor sau a credinţelor şi libertatea creaţiilor *prin viu grai, prin scris, prin imagini, prin sunete sau prin alte mijloace de comunicare în public*.

Astfel, dreptul la informaţie este relativ diferit de dreptul de a primi informaţii, dezvoltat de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, ca drept corelativ libertăţii de exprimare. Protecţia oferită de articolul 31 din Constituţia României se întinde numai asupra dreptului de a primi informaţii de interes public, care nu sunt neapărat un rezultat al libertăţii de exprimare. Aria sa de protecţie şi reglementare nu cuprinde nici dreptul de a obţine date personale dacă nu afectează capacitatea de a exercita o funcţie publică.

Acelaşi text de lege reglementează restrictiv domeniul „serviciilor publice de radio şi de televiziune", fără a exista vreo trimitere la modul de organizare sau reglementare al noilor mijloace, sau platforme de comunicare. Se utilizează sintagma generică „mijloacele de informare în masă", în cadrul alineatului 4 doar pentru a enunţa obligaţia corectitudinii informaţiilor.

La nivel internaţional, putem remarca faptul că textul Primului Amendament din Constituţia Statelor Unite ale Americii nu face nicio trimitere sau referire la dreptul persoanei de a avea acces la informaţie, iar Curtea Supremă americană prin jurisprudenţa sa tinde să aplice strângerea de informaţii unui singur tip de informaţie, respectiv a ştirilor, contrar principiului general al libertăţii de exprimare care conţine deopotrivă dreptul publicului de a cunoaşte, a aduna şi a transmite informaţii[11], în aserţiunea Curţii Europene a Drepturilor Omului.

Dezvoltarea tehnologiei informării şi comunicării trebuie să servească la promovarea dreptului, fără considerarea frontierelor, de a exprima, de a cerceta, de a primi şi de a comunica informaţii şi idei, oricare ar fi sursa lor (preambulului Convenţiei privind televiziunea transfrontalieră a Consiliului Europei din 1989).

Este îngrijorătoare reducerea într-o lume liberală, dezvoltată din punct de vedere al vieţii şi al culturii, a numărului presei de informaţii politice şi amploarea luată de tabloidele de „can-can", precum şi a calităţii programelor televizate.

În ceea ce priveşte presa, înţeleasă atât ca media pe suport scrisă, cât şi ca activitate de editare, frontiera între viaţă publică şi viaţă privată este adesea încălcată sau pusă sub semnul egalului, afirmându-se tot mai mult caracterul comercial al informaţiilor şi indiscreţia.

Un aspect nou adus de revoluţia tehnologică este interactivitatea, posibilitatea ca fiecare dintre noi să joace un rol important în informare, fără a avea nevoie de competenţe speciale. Era internetului, reprezintă întoarcerea la relaţia care exista între manuscris şi cititor, de dinainte de Gutenberg, deci de apariţia tipografilor, o reapariţie a gustului de a scrie[12], era în care aproape toată lumea poate scrie, poate publica on line jurnale intime şi webblog-uri având subiectele cât mai diverse, de cele mai multe ori prezentate într-o manieră de analiză a societăţii critică, întinzând aripile libertăţii de exprimare din lumea scrisului, în principal, în cyberspace. În acelaşi timp, internetul transmite informaţii de interes general, reuşind să spargă barierele timpului şi ale distanţei prin transmiterea în timp real a informaţiilor, asigurând astfel o publicitate mondială.

Însă, cealaltă faţă a monedei, astfel cum apreciază şi autorul Cohen-Tanugi, este conducerea la pierderea avantajelor confidenţialităţii, a vieţii private şi liniştite, „în schimbul unei adevărate transparenţe"[13]. Totodată, se pune problema protecţiei datelor şi a credibilităţii informaţiei, în faţa zvonurilor şi falselor informaţii, aproape imposibil de supravegheat.

[11] B.P. McDonald, *The First Amendament and the Free Flow of Information: Towards a Realistic Right to Gather Information in the Information Age*, Ohio State Law Journal, Volume 65, number 2, 2004, p. 64-65.
[12] J. Miot, *Bill Gates ne tuera pas Gutenberg !*, în *Médias, e-médias*, La documentation Française 2001, p. 21.
[13] L. Cohen-Tanugi, *Le clair-obscur d´internet : Transparence et secret*, în Pouvoirs, nr. 97/2001, p. 85-89.

Comunicarea sau mesajele transmise de internet au un rol distinct, fie de informare, fie publicitate-comercială, fie un rol publicitar[14], comerţul electronic cunoscând o creştere semnificativă. Totodată, internetul reprezintă de cele mai multe ori o oază pentru ţările în care libertatea de exprimare este mai puţin afirmată sau există doar la nivel teoretic, precum Coreea de Nord sau ţările arabe. În marea parte a ţărilor în care predomină regimul autoritar, accesul la internet este admis sub atentă supraveghere.

Diversitatea surselor de informaţie, a condus astfel, la extensia electronică a mass-mediei tradiţionale, deşi această pluralitate a informaţiei nu a creat loc doar pentru organele de presă tradiţionale sau de către organisme decise să aplice regulile jurnalismului, ci şi de numeroase difuzări de informaţii, fără filtre, realizate de aşa-zişii practicanţi ai jurnalismului, care înţeleg libertatea de exprimare, la fel ca şi democraţia, în mod defectuos, fără limite.

Un rol foarte important îl deține astfel procedeul de colectare și tratare a informațiilor de către mass-media, în scopul asigurării transparenței realităților sociale, permițînd difuzarea elementelor care vizează rațiunea receptorilor, permițându-le trecerea prin propriul filtru de judecată și opinie a mediului social înconjurător, în concordanță cu spiritul democratic.

A. Interesul public

Judecătorul analizează dacă o exprimare este licită sau nu, prin calificarea mesajului, respectiv ca fiind relevant sau nu pentru interesul general. La elaborarea regulilor vieţii colective sau individuale nu ne raportăm a priori numai la domenii precum politica, economia, sănătatea, sau administraţia, ci şi la orice domeniu, precum publicitatea şi chiar pornografia.

Care informaţii sunt de interes public sau general? Omul trebuie să îşi satisfacă necesităţilor esenţiale, necesităţi sociale şi necesităţi individuale. Conştientizarea necesităţii şi urmărirea satisfacerii acesteia defineşte interesul. În raport de caracterul legal sau ilegal, just sau injust, drept sau nedrept al necesităţii de satisfăcut şi al căilor şi mijloacelor folosite, interesul poate fi legitim sau ilegitim. De asemenea, în funcţie de caracterul public sau privat al necesităţii de satisfăcut, interesul a fost catalogat drept .

Din punct de vedere politic, interesul general este adesea utilizat în discursurile guvernanţilor, ca un motiv ce nu mai necesită alte lămuriri sau justificări, pentru exercitarea anumitor acţiuni, ordonanţe, sau alte legiferări. Astfel, acesta reprezintă un mijloc de a stabili autoritatea, devenind un instrument de legitimare a acţiunii puterii politice, dar, totodată, permite şi consolidarea sentimentului de unitate al membrilor societăţii[15].

Presei îi revine un rol important în informarea opiniei publice asupra chestiunilor de interes public şi de aceea trebuie să aibă o anumită libertate decizională atunci când comentează unele chestiuni de interes politic sau public. Curtea Europeana a stabilit faptul că cu cât expresiile se apropie mai mult de "discuţii publice afectând viata comunităţii", cu atât ele necesită mai multă protecţie de orice limitare.

„Noi calificăm drept „publice" anumite manifestări atunci când spre deosebire de cercurile închise ele sunt accesibile tuturor, în acelaşi fel în care vorbim despre locuri publice sau despre case publice"[16]. Prin urmare, gradul de interes public este un instrument de diferenţiere între diverse exemple ale expresiei din cadrul aceluiaşi grup, însă nu doar o expresie politică ţine de un interes public sporit, în unele cazuri şi informaţii din alte domenii pot ţine de un astfel de interes.

[14] I. Falque-Pierrotini, *Corégulation, liberté d'expression et diversité culturelle*, în *Médias, e-médias*, La documentation Française 2001, p. 111-113.

[15] Guillaume Merland, *L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ?* , Cahiers du Conseil constitutionnel n° 16 (Prix de thèse 2003), Maître de conférences de droit public à l'Université Montpellier I, juin 2004.

[16] J. Habermas, *Sfera publică şi transformarea ei structurală*, Editura Universul, Bucureşti, 1998, p. 45.

Într-o societate democratică, este primordial ca dezbaterile care vizează acte calificate ca şi crime împotriva umanităţii să se poată desfăşura liber[17], atâta vreme cât nu au un caracter ofensator, injurios şi nu instigă la ură religioasă.

Cercetarea adevărului istoric face de asemenea parte din libertatea de exprimare, astfel cum s-a arătat şi în cauza Monnat c. Elveţia, Hotărârea din 21 septembrie 2006, astfel încât în contextul unei dezbateri asupra unor subiecte de interes public major, sancţionarea jurnalistului riscă să îl împiedice pe acesta în viitor să contribuie la discutarea publică a problemelor de interes major pentru colectivitate.

La nivel naţional, observăm o încălcare flagrantă de către reprezentanţii mass-media a dreptului persoanei la viaţă privată, sau a protecţiei acordată reputaţiei şi onoarei, abuzând de „libertatea de exprimare". Focalizarea materialelor publicistice asupra unor aspecte ale vieţii „pur privată" a particularilor, precum viaţa lor sentimentală, fotografii din spaţiul lor familial, intim, chiar dacă au funcţii publice, sau în pofida notorietăţii lor, nu pot fi considerate a contribui la vreo dezbatere de interes general pentru societate[18], aducând atingere drepturilor altei persoane[19].

Noul Cod Civil, reglementează prin articolul 71 „Dreptul la viaţă privată" ca un singur drept, astfel încât prin alineatul 2 detaliază sfera dreptului la viaţa privată, respectiv: „Nimeni nu poate fi supus vreunor imixtiuni în viaţa intimă, personală sau de familie, nici în domiciliul, reşedinţa sau corespondenţa sa, fără consimţământul său ori fără respectarea limitelor prevăzute la articolul 75". Aceste prevederi dezvoltă dispoziţiile articolul 26 alin. (1) din Constituţie, în acord şi cu articolul 8 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului care prevede două drepturi distincte: dreptul la respectarea vieţii private şi de familie, precum şi la respectarea corespondenţei şi domiciliului.

Expresia protecţia vieţii private, este definită, în sens larg, ca toate regulile juridice care au ca finalitate protejarea vieţii personale şi familiale[20], în scopul permiterii membrilor de a avea o viaţă *familială normală*, în mod contrar, putându-se atenta la secretul vieţii private. *Secretul* este o condiţie a libertăţii sale. Viaţa personală şi familială nu se poate desfăşura decât în intimitatea casei şi al domiciliului. Viaţa privată nu înseamnă „viaţa biologică a individului, ci existenţa umană percepută social"[21], pe care nu vrem să o comunicăm publicului.

Legiuitorului nostru intern, în mod criticabil, apreciază că domiciliul şi rezidenţa sunt două aspecte diferite, faţă de practica eropeană judicioasă, conform căreia domiciliul include şi reşedinţa, precum şi spaţiile exterioare, reprezentând *locul abstract în care se desfăşoară viaţa intimă a persoanei*. Domiciliul este o componentă a vieţii private, având în vedere faptul că acesta este locul de exercitare obişnuită. În dreptul francez, definiţia domiciliului o dă articolul 102 Cod Civil, ca fiind locul aşezării principale a unei persoane, dar de asemenea rezidenţa sa secundară şi chiar toate locurile locuite de el, înglobând mai multe elemente ale vieţii private.

Compun spaţiul domiciliar, respectiv un element al vieţii private şi aspectele exterioare, precum piscină, terase, interiorul domiciliului, chiar şi locul de înmormântare,

[17] CEDO, cauza Giniewski c. Franţei, Hotărârea din 31 ianuarie 2006, în Radu Chiriţă, *Curtea Europeană a Drepturilor Omului. Culegere de hotărâri 2006,* Editura C.H.Beck, Bucureşti, 2007, p. 381-382.
[18] CEDO, cauza Company y Diez de Revenga et Lopez Galiacho Perona c. Spaniei, Decizia din 12 decembrie 2000.
[19] Valentina Mihalcea (Chiper), *op. cit*., p.112 şi urm.
[20] Pierre Kayser, *La protection de la vie privee*, Press Universitaires d'Aix-Marseille, 2e edition, Editura Economica, Paris 1990, p. 3
[21] Frédéric Zenati-Castaing, Thierry Revet, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006, p. 318.

spaţii care nu pot face obiectul informării, sau fotografiilor fără autorizaţie prealabilă atât pentru protejarea vieţii publice, cât şi a bunurilor, respectiv a patrimoniului.

Putem aprecia a ţine de viaţa privată, fără a fi limitativ prevăzute, informaţiile precum: relaţiile sentimentale, sarcina, naşterea sau viaţa copiilor, timpul liber şi vacanţele, nuditatea, orientarea sexuală, sănătatea, apartenenţa politică, religioasă, informaţiile de natură patrimonială dacă ele dezvăluie aspecte ale vieţii şi personalităţii precum localizare, origine, utilizare a bunurilor. Evident că toate aceste informaţii nu au natura unor secrete definitive sau absolute, putând fi dezvăluite publicului cu consimţământul persoanei vizate sau în prezenţa unui interes legitim.

Viaţa privată se compune de asemenea, din identitatea persoanei (nume, prenume, date), patrimoniul acesteia, viaţa profesională, cu excepţia exercitării funcţiilor publice, a opiniilor politice, filozofice şi religioase. Nu poate face obiectul libertăţii de exprimare, aspecte din viaţa privată care afectează corpul, sănătatea, naşterea, moartea, malformaţii. Totodată, evenimente din viaţa familială, precum naşterea, căsătoria, decesul apreciem că nu pot face obiectul informării şi divulgării fără acordul particularului în cauză.

Cerinţele libertăţii presei şi ale libertăţii persoanei, pot veni uneori în conflict, generând adevărate procese mediatice, denumite de literatura franceză „fenomene mediatico-juridice", cu consecinţe negative asupra respectării prezumţiilor. „Judecarea" sau emiterea unor valori de judecată a unor procese aflate pe rolul instanţelor de judecată sau în faţa organelor de cercetare penală, în mijloacele de mass-media, fără a fi dată o soluţie definitivă şi irevocabilă, reprezintă deasemenea o încălcare a principiului prezumţiei de nevinovăţie şi cu constatarea încălcării dreptului la viaţă privată, prevăzut de dispoziţiile articolul 8 din Convenţie.

Măsura echilibrului între exerciţiul dreptului la liberă exprimare şi protecţia intereselor sociale şi individuale ce aparţin altora se impune atât asupra activităţii mass-media, cât şi asupra declaraţiilor publice ale reprezentanţilor autorităţilor statului, în scopul garantării autorităţii şi imparţialităţii puterii judecătoreşti, astfel cum este şi Recomandarea 13/10 iulie 2003 efectuată de Comitetul de Miniştri al Consiliului Europei privind difuzarea informaţiilor referitoare la procedurile penale prin mass-media, conform căreia opiniile şi informaţiile ce privesc aceste proceduri penale în curs, nu trebuie să fie difuzate sau comunicate prin mass-media, decât dacă nu aduc atingere prezumţiei de nevinovăţie a suspectului sau a acuzatului, iar *autorităţile judiciare trebuie să se abţină de la a da publicităţii informaţii care pot dăuna în mod substanţial echitabilitatea procedurilor*[22] (principiile nr. 2 şi nr. 10).

Cu toate că, în ceea ce priveşte administrarea justiţiei, Curtea Europeană a precizat că presa trebuie să informeze opinia publică în legătură cu funcţionarea justiţiei, instituţie esenţială într-o societate democratică, fiind de interes general, totuşi prezentarea datelor unui proces, astfel încât publicul să dea înaintea pronunţării instanţei competente propriul său verdict, riscă să conducă la pierderea respectului şi încrederii în instanţele de judecată şi punerea unei presiuni enorme asupra hotărârilor ce se vor pronunţa.

În Raportul din ianuarie 2013 privind progresele înregistrate de România în cadrul Mecanismului de Cooperare și Verificare (MCV), Consiliul Europei a propus "introducerea unui cadru clar privind interdicția de a critica hotărâri judecătorești și de a submina activitatea

[22] În cauza Butkevicius c. Lituaniei, Hotărârea CEDO din 26 martie 2002, Curtea a constatat violarea articolul 6 paragraf 2 din Convenţia Europeană, prin declaraţiile publice efectiate de procurorul general şi de Preşedintele Parlamentului cu privire la vinovăţia reclamantului faţă de infracţiunea de corupţie, fără a fi pronunţată o hotărâre definitivă, cu nerespectarea prezumţiei de nevinovăţie. Cauze similare: Vitan c. României, Hotărârea CEDO din 25 martie 2008, Samoilă şi Cionca c. României, Hotărârea CEDO din 4 martie 2008.

magistraților sau de a face presiuni asupra acestora", reviziuirea standardelor existente şi conferirea de măsuri reparatorii împotriva „exercitării de presiuni nejustificate şi a recurgerii la acte de intimidare de către mijloacele de informare în masă asupra sistemului judiciar şi a instituţiilor implicate în combaterea corupţiei”[23].

Aceste recomandări au fost amplu discutate şi criticate, chiar în cadrul dezbaterilor din cadrul Parlamentului European. Dublul standard recomandat, precum şi ingerinţa Comisiei pot conduce la derapaje de la democraţia europeană, astfel cum este apărată şi de către Convenţie. Nu se poate generaliza o interzicere, prin existenţa chiar a unei eventuale derapări a unui organ de presă, fără a se analiza in concreto şi in facto, prin raportare la prinicipiul proporţionalităţii măsurii. Atâta vreme cât critica vizează modul în care funcţionează justiţia, respectiv modul în care se achită justiţi de responsabilităţi, nu se aduce o atingere autorităţii şi imparţialităţii puterii judecătoreşti.

2.2. Funcţia de comunicare

Denumită de către specialişti şi funcția de integrare socială, aceasta asigură stabilitatea societății ca sistem. Astfel, comunicarea se află în relaţie directă cu factorul evolutiv al unei perioade istorice dată. Se află în relaţie directă cu evoluţia societatăţii, a necesităţii ei. Dar, nu putem exclude rolul său educativ, astfel încât comunicarea trebuie să urmărească evoluţia cultural-educativă.

Comunicăriile media conduc la crearea unei legături între indivizi, chiar dacă se află în arii geografice diametral opuse, oferindu-le onformații care necesită aprofundare, dezbatere şi într-un final interese comune. Dar, fața nevăzută a acestei funcții constă în promovarea, de cele mai multe ori, de către media prin intermediul mediatizării a propriilor interese, a propriei imagini, a influențării şi implicit a redefinirii relațiilor dintre puteri, tot în scop economic.

2.3. Funcţia educativ-culturală

În criza actuală a educaţiei, a reformelor şi a dezvoltării tehnologice a societăţii, şcoala nu-şi mai exercită monopolul asupra transmiterii cunoştinţelor şi comportamentelor, un rol tot mai crescut obţinându-l mijloacele de comunicare moderne.

Prin urmare, această funcție implică rolul mediei în transmiterea moştenirii cultural-educative a unei societăți, prin transmiterea de la o generație la alta, de valori şi modele soaciale. Prin urmare între educație şi informație se crează un raport direct. Se apreciază că *valorile şi conţinuturile culturale propuse de mass-media vor urma nevoilor sociale ale consumatorilor*[24]. În teorie este coect, însă realitatea ne arată tocmai reversul. Programele sau informațiile propuse de mass-media conduc la modificarea scării valorice a nevoilor consumatorului. Bombardarea acestora cu emisiuni de tip tabloid, vulgarizarea programelor, lipsa prezentării de documentare cu rol cultural-educativ, așa-zis justificate de goana după rating, conduc la inducerea în mentalul consumatorilor a unei așa-zise normalități sociale creată din comportamente și atitudini negative, care conduc la confuzii asupra valorilor şi rolurilor sociale.

Rezultă, astfel, schimbarea scării de valori. Liderii de opinie credibili nu mai sunt aceeaşi. Dacă un jurnalist sau o carte era considerată bună sau valoroasă prin prisma competenţei şi ideilor, în ziua de astăzi aceste valori, din păcate, sunt date de ceea ce vedem la televizor. Primează afectivitatea şi emoţionalul asupra raţiunii, în locul „comunicării gândurilor şi opiniilor”, noţiuni care determină libertatea de exprimare clasică.

2.3. Funcţia de interpretare

[23] Text integral la adresa: http://ec.europa.eu/cvm/docs/com_2013_47_ro.pdf , p. 6-7.

[24]Druță Florentina Adriana, *Educația contemporană a adulților prin intermediul televiziunii*, p. 54, http://iec.psih.uaic.ro/ciea/file/2006/9.pdf.

Însă-şi decizia de a publica sau nu o ştire, selectarea informaţiei care presupune atât o judecată de valoare, cât şi un proces de interpretare şi de prioritizare, presupun o profundă responsabilitate socială. Un rol deosebit de important îl joacă şi credibilitatea sursei.

Având în vedere puternica capacitate de influenţare a opiniei publice, a deciziei sociale, a vieţii individuale, mijloacele de comunicare în masă trebuie să se subordoneze principiului respectării adevărului şi onestităţii în opinii şi comentarii. În acest sens, articolul 31 alin. 4 din Constituţia noastră reglementează: „mijloacele de informare în masă, publice sau private, sunt obligate să asigure informaţia corectă a opiniei publice".

2.4. Limbajul mediatic

Prin intermediul limbajului, de tip persuasiv, retoric, emotiv sau metalingvistic, se pot crea destinatarilor sau receptorilor mesajului, adevărate percepţii, modificări de ordin mental şi ulterior social. Utilizarea de către mass-media a limbajului politic, publicitar sau de divertisment comportă un rol deosebit în coerenţa şi veridicitatea informaţiei comunicată.

§3. Concluzii. Condiţia jurnalistului

Utilizarea libertăţii de exprimare presupune şi responsabilităţi, astfel încât este esenţial conştientizarea de către indivizi nu numai a drepturilor sale, ci şi a obligaţiilor care se impun, indispensabile pentru păstrarea democraţiei şi a drepturilor omului. Având în vedere puternica capacitate de influenţare a opiniei publice, a deciziei sociale şi a vieţii individuale, mijloacele de comunicare în masă trebuie să se subordoneze principiului respectării adevărului şi onestităţii în opinii şi comentarii. Alături şi de buna-credinţă, acestea reprezintă condiţii minimale esenţiale pentru exercitarea oricărei profesii.

Necesitatea exercitării jurnalismului de tip profesionist, deci instruit educativ, rezidă la o minimă analiză a nivelului şi conţinutului informaţiilor oferite de canalele mediatice. Conform Cartei de la München, 1996, jurnalistul are obligaţia de a respecta viaţa particulară a oricărei persoane, de a nu publica declaraţii şi fotografii care ofensează onoarea, religia, rasa sau care sunt în căutarea senzaţionalului născut sau provocator de violenţă (Codul de presă al Asociaţiei Ziariştilor Germani, 1973), de a evita să stimuleze curiozitatea morbidă asupra detaliilor vicioase sau criminale (Codului etic al Sindicatelor SDX, din SUA).

Noile garanţii juridice se bazează în primul rând pe organizaţiile internaţionale, sau regionale, precum şi pe state prin organele sale. Astfel, este necesar ca libertatea de exprimare să fie o libertate reglementată, fiind obligaţia statului ca prin legislaţia sa să protejeze drepturile individuale la onoare şi la viaţă privată, precum şi anumite interese colective.

ACKNOWLEDGEMENT

Lucrarea a beneficiat de suport financiar prin proiectul cu titlul "Studii doctorale şi postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului naţional prin excelenţă, competitivitate şi responsabilitate în cercetarea ştiinţifică fundamentală şi aplicată românească", număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanţat din Fondul Social European prin Programul Operaţional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.Investeşte în Oameni!

BIBLIOGRAPHY:

1.Asociaţia Română pentru Transparenţă, *Accesul la informaţia de interes public în România*, Bucureşti, 2001, p. 5.

2.Chiriţă Radu, *Curtea Europeană a Drepturilor Omului. Culegere de hotărâri 2006,* Editura C.H.Beck, Bucureşti, 2007, p. 381-382.

3.Cohen-Tanugi L., *Le clair-obscur d´internet : Transparence et secret*, în Pouvoirs, nr. 97/2001, p. 85-89.

4.Deaconu Ştefan, *Libertatea de exprimare prin intermediul serviciilor publice de radio şi televiziune*, Revista Juridică, Editura All Beck, nr. 1/2001, Bucureşti, 2001, p. 11.

5.Delprat Laurent, Halpern Céline, *Communication et Internet: pouvoir et droits*, Collection Lire Agir, Librairie Vuibert, Paris, 2007, p. 7.

6.Druță Florentina Adriana, *Educaţia contemporană a adulţilor prin intermediul televiziunii*, p. 54, http://iec.psih.uaic.ro/ciea/file/2006/9.pdf.

7.Falque-Pierrotini I., *Corégulation, liberté d´expression et diversité culturelle*, în *Médias, e-médias*, La documentation Française 2001, p. 111-113.

8. Habermas J., *Sfera publică şi transformarea ei structurală*, Editura Universul, Bucureşti, 1998, p. 45.

9.Horaţiu Dan Dumitru, *Libertatea de exprimare şi viaţa privată. Conexiuni constituţionale şi civile*, în Pandectele Române, nr. 5/2012, p. 46.

10.Josende Louriane, *Liberté d´expression et démocratie. Réflexion sur un paradoxe*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 247.

11. Kayser Pierre, *La protection de la vie privee*, Press Universitaires d'Aix-Marseille, 2e edition, Editura Economica, Paris 1990, p. 3

12.McDonald B.P., *The First Amendament and the Free Flow of Information: Towards a Realistic Right to Gather Information in the Information Age*, Ohio State Law Journal, Volume 65, number 2, 2004, p. 64-65.

13. Merland Guillaume, *L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ?* , Cahiers du Conseil constitutionnel n° 16 (Prix de thèse 2003), Maître de conférences de droit public à l'Université Montpellier I, juin 2004.

14.Mihalcea (Chiper) Valentina, *Libertatea de exprimare*, Teză de doctorat susținută public în februarie 2014, Craiova, p. 10.

15.Miot J., *Bill Gates ne tuera pas Gutenberg !*, în *Médias, e-médias*, La documentation Française 2001, p. 21.

16.Morange Jean, *La liberté d'expression*, Editura Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 1- 19, traducerea noastră „liberté éclatée".

17.Sudré Fréderic, *Drept european şi internaţional al drepturilor omului,* Editura Polirom, Iaşi, 2006, p. 351.

18.Zenati-Castaing Frédéric, Thierry Revet, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006, p. 318.

19.CEDO, cauza Leander c. Suediei, Hotărârea din 26 martie 1987;

20.CEDO, cauza Open Door Counselling and Dubln Well Woman Centre c. Irlandei, Hotărârea din 29 octombrie 1992.

21.CEDO, cauza Prager şi Oberschlick c. Austriei, Hotărârea din 26 aprilie 1995.

22.CEDO, cauza Tammer c. Estoniei, Hotărârea din 6 februarie 2001.

DELIBERATIVE DEMOCRACY IN ROMANIA

Vasile Pleșca, Scientific Researcher III, PhD, Romanian Academy, Iași Branch

Abstract: Democracy is the defining term of the human society at the beginning of the third millennium. Its victory over different totalitarian systems of the XXth century put it in an ungrateful and paradoxical situation in the same time. It is a paradoxical situation because its success brought to it, in the same time, a major dilution of its „strong" meanings. It is an unfortunate situation because the same success made it the only political goal at the level of the entire human society, every local failure affecting its integrator message. Because of this, any discussion about democracy must start from the moment when we begin to understand what it really means and we manage to know exactly what we expect from it. The above considerations are more valid when we talk about the Romanian democracy. In the last decades, it had a sinuous way and this sinuosity derives not only from the lack of structural basis of a democratic political system in Romania, but it is especially the result of lack of viable mechanisms of controlling the political power by citizens. This study tries to identify some possibilities of deliberative democracy in Romania.

Keywords: deliberative democracy, rights, Romania, consolidation of democracy, rule of law, classical liberalism.

Problema

O democrație poate muri foarte repede. Dacă fundamentele ei sunt șubrede, dacă lipsește o tradiție democratică serioasă, dacă există alte valori dominante în societate decât cele legate de cultura politică a democrației – și putem enumera n alte condiții ușor de îndeplinit și în același timp suficiente pentru moartea democrației –, este foarte ușor ca drumul unui regim democratic să fie frânt. Și asta se întâmplă și prin metode, cel puțin parțial și contextual – democratice. Germania începutului anilor 30 ai secolului trecut, parțial România anului 1947 și Ungaria prezentului sunt tot atâtea exemple ce confirmă adevărul simplu al afirmațiilor de mai sus. Este un lucru consemnat de nenumărate ori. Huntington este unul dintre cercetătorii fenomenului democratic ce pun punctul pe i:

Este probabil ca amenințările la adresa democrațiilor din al treilea val să nu vină din partea generalilor și revoluționarilor care nu simt pentru democrație altceva decât dispreț, ci mai degrabă din partea celor implicați în procesul democratic. Aceștia sunt lideri politici și grupări politice care câștigă alegerile, preiau puterea, iar apoi manipulează mecanismele democrației pentru a o afecta sau chiar distruge. În cazul democrațiilor din al treilea val, problema nu este răsturnarea regimurilor democratice, ci eroziunea lor, adică slăbirea intermitentă sau treptată a democrației de către cei care câștigă alegerile.[1]

Faptul că propozițiile de mai sus sunt de o banalitate total neacademică trebuie să ne sperie încă și mai mult, pentru că țin de evidență, nu doar de oarecare subtilități ale minții. Însă, în fața unor realități atât de fruste, trebuie să decelăm cu spirit critic evoluția spiritului democratic de la început de mileniu 3, cu atât mai mult cu cât trăim într-o țară ce încă are probleme majore în a-și găsi drumul spre o guvernare cu adevărat democratică.

[1] Samuel Huntington, „Democrație pe termen lung," în Larry Diamond (coord.), *Cum se consolidează democrația*, traducere de Magda și Aurelian Muntean (Iași: Polirom, 2004), 45.

Ultimii ani au cunoscut o evoluție interesantă. Foarte multe țări au cunoscut fiorii încercării de a fi democrate, fie pe cont propriu, fie ajutate din exterior. Înlăturarea de la putere a unor dictatori ai căror mandat părea a se întinde la nesfârșit, „Primăvara arabă", „Euromaidanul" și multe alte evenimente au creat impresia că există un nou val al democratizării. Nimic mai greșit. Fenomenul este exact invers. Iar acest lucru se întâmplă de atâția ani, astfel încât nu e de mirare că *The Economist* nu ezită să-și intituleze ultimul raport asupra democrației, „Democracy Index 2013", pur și simplu, „Democrația în uitare."[2] Sunt enorm de multe cauze ale acestei evoluții și nu este scopul acestui studiu de a le atinge pe toate. Dar una dintre cele mai importante cauze trebuie subliniată: distanța mare dintre ceea ce este și ceea ce ar trebui să fie democrația face ca funcționarea ei, nu doar în societatea românească – ci și în cele mai dezvoltate și mai vechi democrații ale lumii –, să cunoască rateuri majore. Există multe explicații ale acestor rateuri. Una dintre ele ar fi aceea că vechiul ideal al „puterii poporului" s-a dovedit a fi o minciună („a vorbi despre puterea poporului e foarte periculos pentru că fiecare dintre cei care compun poporul ştie că nu porunceşte şi de aceea are impresia că democraţia este o escrocherie"[3]). Dintr-un alt punct de vedere însă, unul complementar, tocmai încercarea de a înțelege democrația ca „putere" a cuiva este marele defect al acestui sistem.[4] Prin abordarea democrației ca un discurs despre felul în care se câștigă și se păstrează puterea,[5] aceasta nu e văzută decât ca un sistem politic ca oricare altul, unul în care cineva deține puterea asupra altcuiva, diferența nefiind decât cantitativă față de o oligarhie de orice fel: majoritatea își exercită puterea asupra minorității.[6]

O soluție generală

În același timp, tot ceea ce am spus mai sus și încă multe altele au făcut ca aceeași ani ai începutului de mileniu 3 să aducă transformări profunde în percepția fenomenului democratic de către mediul academic occidental. Dacă nota dominantă a discursului politic în democrație este cel despre câștigarea și menținerea puterii politice, identic cu discursul din orice alt model politic, contrareacția a produs un model care transferă interesul asupra capacității cetățeanului simplu de a-și rezolva problemele inerente traiului într-o societate (democratică), identificând ca finalitate a demersului democratic participarea cetățenilor în rezolvarea problemelor societății.

„The essence of democracy itself is now widely taken to be deliberation, as opposed to voting, interest aggregation, constitutional rights, or even self-government. The deliberative turn represents a renewed concern with the authenticity of democracy: the degree to which democratic control is substantive rather than symbolic, and engaged by competent citizens."[7]

[2] http://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=Democracy0814.

[3] Karl Raymund Popper, *Lecţia acestui secol* (Bucureşti: Nemira, 1998), 76-7.

[4] „Este foarte regretabil că acest cuvânt, democraţie, a ajuns indisolubil legat de concepţia puterii nelimitate a majorităţii în chestiuni particulare." Friedrich A. Hayek, „Confuzia de limbaj în gândirea politică", în Adrian Paul Iliescu (coord.), *Filosofia socială a lui F.A. Hayek* (Iași: Polirom, 2001), 23.

[5] „Democraţia este acel aranjament instituţional pentru a ajunge la deciziile politice, prin care indivizii dobândesc puterea de a decide prin mijloacele luptei competitive în scopul de a câştiga votul populaţiei", Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* (New York: Harper&Row, 1943), 263.

[6] „Politica e definită prin folosirea, în condiții caracterizate de constrângeri, a puterii sociale, iar studiul politicii vizează natura și sursa acelor constrângeri, precum și tehnicile de utilizare a puterii sociale, în limitele respectivelor constrângeri" Robert E. Goodin, Hans-Dieter Klingemann, „Political Science: The Discipline," în *New Handbook of Political Science* (Oxford: Oxford University Press, 1996): 7.

[7] John S. Dryzek, *Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations* (Oxford: Oxford University Press, 2000), 1.

Preocuparea aceasta pentru „autenticitatea" democrației înseamnă, de fapt, o reevaluare a felului în care reprezentativitatea, rezultată în urma unor procese electorale, definește democrația contemporană.

Succesul din ultimele decenii al acestei teorii se datorează faptului că deliberarea este una dintre cele mai promiţătoare valori ale teoriei democratice contemporane[8], şi, din această cauză, una dintre cele mai atractive. Iar atractivitatea provine şi din faptul că deliberarea exclude multe din lucrurile indezirabile dintr-o democraţie, cum ar fi, de exemplu, elitismul, şi apără valorile oamenilor obişnuiţi. Pentru că este luată în seamă fiecare opinie şi pentru că fiecare dintre indivizi poate participa la deciziile politice care îl interesează, modelul deliberativ al democraţiei privilegiază dezvoltarea simţului civic, participarea şi autonomia individului[9]. Un alt lucru foarte important este acela că deliberarea exclude din spaţiul democratic iraţionalitatea. Astfel, manifestându-şi încrederea în argumentele raţionale, teoreticienii democraţiei deliberative văd discursul politic întocmai ca un discurs ştiinţific, în care ipotezele, argumentele şi concluziile urmăresc aceleaşi linii directoare, ale raţionalităţii, clarităţii şi coerenţei. Mai mult decât atât, deliberarea îmbunătăţeşte soliditatea argumentativă a convingerilor politice.

Definitorie pentru acest model nu mai e lupta între partide și concepții diferite, ci din contră, atenția pentru opinia celuilalt, cultivarea unui model de gândire deosebit, bazat pe deschiderea către o gamă largă de argumente, întemeiat pe un proces rațional de cântărire a datelor existente, astfel încât, la final, decizia politică să fie luată având ca finalitate găsirea unor condiţii echitabile ale cooperării sociale („fair terms of social cooperation"[10]) și nu doar interesul partidei câștigătoare.[11]

Nu doar atât însă. Modelul deliberativ aduce în spațiul public teme de analiză noi, ajutând la clarificarea și dezamorsarea conflictelor de ordin moral, atât de frecvente în societățile multiculturale contemporane, încurajează cetățenii simpli să ia decizii și să-și asume responsabilitatea acestora și, în comparație cu alte politici, crește șansele unui management corect,[12] dar, mai ales, îmbunătățește calitatea actului legislativ sub presiunea unui electorat informat și interesat.[13]

Ceea ce îi lipsește însă acestui model este fezabilitatea, mai ales, într-o țară ca România, acolo unde nivelul culturii politice, ca și cel al participării politice, este la o cotă comparabilă cu a țărilor subsahariene, în condițiile unei istorii recente ce nu a favorizat niciodată implicarea politică. La modul general, această problemă o ridică, în termeni foarte direcți, Daniel Bell:

„The most influential political philosophers today divide their work into two tasks. The first task is to present and rigorously defend morally desirable political principles, and the second is to think about how to implement them. Quite often, the first task proves to be overwhelming, and it is left to others to think about feasibility. The problem, of course, is that

[8] Jose Luis Marti, „The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended. Reasons, Rightness and Equal Political Autonomy", in *Deliberative Democracy and its Discontents*, ed. Samantha Besson and Jose Luis Marti (Asghate Publishing Limited, 2006), 27-56.

[9] „The conception consists of three principles: reciprocity, publicity, and accountability; that regulate the process of politics, and three others: basic liberty, basic opportunity, and fair opportunity – that govern the content of policies.", Amy Gutman, Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement* (Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1997), 12.

[10] Gutman, Thompson, *Democracy*, 79.

[11] Michael Walzer, „Deliberation, and what Else?", in *Deliberative Politics. Essays on Democracy and Disagreement*, ed. Stephen Macedo (Oxford: Oxford University Press, 1999), 58.

[12] Gutman, Thompson, *Democracy*, 41-3.

[13] Thomas Christiano, „The Significance of Public Deliberation", in *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, ed. James Bohman and William Rehg (Cambridge: The MIT Press, 1997), 244.

the political principles often prove to be useless or counterproductive in practice, which undermines the first task. One might have thought that the political principles themselves should be assessed partly by the extent to which they can be usefully implemented in practice, but philosophical purists seem to worry about the possible implication that there may not be one unique, universally applicable, and eternally valid set of political principles"[14].

O soluție particulară

Ideea de bază din spatele deliberării democratice este, în fapt, aceea că este necesar, în condițiile existenței unui corp cetățenesc cu un nivel ridicat de cultură politică participativă, un exercițiu de remodelare a puterii politice, mai exact de disipare a ei la nivelul fiecărui cetățean. Paradoxul acestei necesități e acela că, dintr-un model critic la adresa vechii structuri a democrației liberale (reprezentativitate, constituționalism, cicluri electorale etc.), democrația deliberativă poate fi văzută ca o împlinire a idealului liberal aflat la baza modelului democratic contemporan: individul înaintea statului și în general înaintea oricărei structuri sociale supraindividuale. Aceasta nu face decât să ne reamintească faptul că democrația este, totuși, un regim în care „puterea asupra oficialităților este împărtășită... pe scară largă printr-un nivel destul de înalt de control exercitat de cetățeanul obișnuit asupra conducătorilor săi.[15]

Am folosit expresia „existența unui corp cetățenesc cu un nivel ridicat de cultură politică participativă". Evident, în România nu avem așa ceva. Aceasta face să fie cu adevărat dificil să vorbim de posibilitatea unui model deliberativ în România, atâta vreme cât lipsesc multe din însăși bazele eșafodajului democratic pe modelul clasic, liberalo-occidental. Soluții însă există, iar aici se va pune în discuție pasul zero în procesul consolidării democratice din România.

Modelul deliberativ al democrației implică participarea la un nivel înalt. Cea mai importantă modalitate de participare în modelul liberal este votul liber în cadrul proceselor electorale corecte. În continuarea celor spuse de Dahl mai sus, putem concluziona că corectitudinea votului atrage puterea acestuia de a sancționa puterea politică.

În România însă, percepția că votul nu contează, în exercițiul puterii, este foarte ridicat. O puternică și vocală grupare a clamat acest lucru și în timpul alegerilor pentru Parlamentul European din mai 2014, iar adevărul simplu e că alegerile au adus, de fiecare dată, schimbarea puterii politice, dar patru ani de abuz politic și de incompetență este o perioadă pe care România nu și-o permite. Mai grav, nimic nu garantează că noua putere nu va abuza în funcție și nu-și va dovedi incompetența încă patru ani. De fapt, chiar așa s-a întâmplat. Cu alte cuvinte, atâta vreme cât mecanismele normale de reglaj nu devin viabile, trebuie inventate altele. Iar o variantă din cele mai simple stă în cointeresarea cetățenilor. Un ciclu de putere de patru ani nu asigură apărare împotriva abuzului de putere și a incompetenței. Un anumit grup politic care dispune de patru ani de putere nu este interesat nici de respect față de cetățean și de drepturile sale și nici de un minimum de competență și legalitate pentru actele sale politice. Mai mult, acest grup știe că va reveni la putere după patru ani pentru că știe că și opozanții săi sunt marcați de aceleași defecte, gândesc la fel și acționează în consecință. Cu alte cuvinte, prezentul ciclu electoral e unul ce favorizează doar păstrarea nivelului retoric al democrației, și doar a unui nivel minim de competență.

Soluția imediată, bazată pe realitatea că cetățeanul român e total nerelevant în ecuația democrației românești, stă într-o minimă complicare a procesului electoral. Iar această soluție vine în contradicție cu trendul impus atât în clasa politică, cât și la nivelul unor analiști

[14] Daniel A. Bell, „Democratic Deliberation: The Problem of Implementation", in *Deliberative Politics. Essays on Democracy and Disagreement*, ed. Stephen Macedo (Oxford: Oxford University Press, 1999), 70.
[15] Robert A. Dahl, *Modern Political Analysis* (Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall, 1963), 73.

importanți,[16] acela de a reduce numărul proceselor electorale. În contrapondere la tendința actuală, trebuie propus un model care să reducă, în mod real, nivelul puterii politice. Astfel, fiecare palier al puterii trebuie ales în alt moment, iar fiecare mandat trebuie să aibă o lungime diferită față de alte mandate. Cu titlul de propunere, putem avea următorul tablou:

- Președintele țării ales o dată la 5 ani, maximum două mandate posibile
- Mandatul unui senator durează șase ani (alegerile au loc în anii pari). La fiecare doi ani, o treime dintre senatori își pun scaunele în joc. Votul este uninominal. Prerogativele senatorilor se reduc la adoptarea bugetului, afaceri externe și rezolvarea la nivel central a problemelor din circumscripții.
- Mandatul unui deputat durează patru ani (alegerile au loc în anii impari). La fiecare doi ani, jumătate dintre deputați sunt aleși. Votul este proporțional
- Mandatul unui primar este de patru ani (alegerile au loc în anii pari).
- Mandatul unui consilier județean durează cinci ani (alegerile nu trebuie să fie în același an cu cele prezidențiale).
- Mandatul unui consilier local durează trei ani.

În pofida unor neajunsuri evidente (singurul de neevitat fiind, totuși, legat de creșterea cheltuielilor organizatorice), consecințele pozitive sunt mult mai importante. Astfel devine foarte dificil pentru o anume grupare politică să păstreze puterea pe toate palierele și foarte ușor să o piardă. Clivajul între putere și opoziție devine mai slab, oricare dintre cele două forțe deținând anumite pârghii ale puterii, dar lipsindu-i altele. Presiunea cetățeanului asupra omului politic devine de luat în seamă. Deloc paradoxal, foarte repede, tarele sistemului electoral românesc, legate, în primul rând, de mita electorală și de migrația electorală, dispar. În condițiile în care puterea e atât de fragmentată și e mai ușor să pierzi puterea decât să o câștigi, mita electorală devine o alegere neinspirată din punctul de vedere al raportului cost-beneficii. Aceeași problemă rezolvă și migrația: nu va mai fi rentabil să tradezi în favoarea partidului aflat la putere pentru că acea putere va dura prea puțin dacă e construită pe clientelism politic. Iar marea consecință, decurgând din toate cele spuse mai sus, e aceea că se creionează tabloul ce permite luarea în serios a competenței ca factor decisiv în politicile de cadre ale partidelor.

Acesta e cadrul în care deliberarea va începe să câștige ca importanță în decizia politică, pentru că cetățeanul va observa lucrul evident: alegerea sa politică are consecințe, iar cadrul politic îi va va permite din ce în ce mai mult să se exprime. Altfel spus, modelul deliberativ capătă sens tocmai în măsura în care reuşeşte să împlinească limitele democraţiei liberale, încurajând participarea şi coeziunea socială. Orice modalitate prin care participarea politică evoluează în România va fi un exercițiu al consolidării democratice, iar acest exercițiu al decalajului electoral va crea cetățeni conștienți de propria putere.

Referințe democratice

*** *New Handbook of Political Science*, Oxford, Oxford University Press, 1996

Samantha Besson, Jose Luis Marti (eds.) *Deliberative Democracy and its Discontents*, Asghate Publishing Limited, 2006.

[16] În opinia SAR, unul dintre pericolele majore la adresa democrației românești în viitorul apropiat este tocmai numărul mare de alegeri din anii următori: „sistemul politic românesc a demonstrat că este incapabil să se adapteze unui sistem de alegeri frecvente şi continue. Cu genul de resursă umană de care dispun în momentul de față, partidele noastre nu pot să facă simultan și luptă electorală și guvernare rezonabilă, optând pentru una din ele, de regulă prima." http://www.sar.org.ro/files/383_Policy%20memo41.pdf, p. 3. Deși observația e corectă, calea dezirabilă nu e de a reduce numărul de alegeri pentru a adapta sistemul democratic la capacitățile partidelor românești, ci exact invers: partidele românești trebuie să îndeplinească exigențele proceselor democratice.

James Bohman și William Rehg (eds.) *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, Cambridge: The MIT Press, 1997.

Robert A. Dahl, *Modern Political Analysis*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1963

Larry Diamond (coord.), *Cum se consolidează democrația*, traducere de Magda și Aurelian Muntean, Iași, Polirom, 2004.

Amy Gutman, Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1997.

Adrian Paul Iliescu, (coord.), *Filosofia socială a lui F.A. Hayek*, Iași, Polirom, 2001.

Stephen Macedo (ed.), *Deliberative Politics. Essays on Democracy and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press, 1999.

Karl Raymund Popper, *Lecţia acestui secol*, Bucureşti. Nemira, 1998.

Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York. Harper&Row, 1943.

http://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=Democracy0814

http://www.sar.org.ro/files/383_Policy%20memo41.pdf

THE HARMONIZATION OF THE ROMANIAN CIVIL CODE PROVISIONS WITH THE INTERNATIONAL SALES LAW

Emanuela Iftime, PhD Student, "Al. Ioan Cuza" University of Iași

Abtract: The article seeks to provide a comparative analysis between the provisions on freedom of contract and good faith, according to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980), Principles of European Contract Law and the Romanian Civil Code. The purpose of this paper is to create a bridge between these legal intruments, being also revealed their complementarity.
Moreover, the article deals with domesctic and international sales, with respect to the validity conditions and transfer of property. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods excludes from its sphere of application the aspects concerning the validity of contract and the transfer of property. The aspects that we have mentioned would be governed by the national law. The article focuses on the relation between domestic and international sales, being highlighted the innovations on the contract of sale in the Romanian Civil Code.

Keywords: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980), Romanian Civil Code, domestic and international sales, freedom of contract and good faith, validity conditions and transfer of property.

Consideraţii generale

Uniformizarea regimului raporturilor de drept comercial internaţional aplicabile vânzării comerciale internaţionale de mărfuri, bazate pe principiul fundamental al libertăţii contractuale, a creat un cadru favorabil asigurării securităţii şi echilibrului relaţiilor juridice comerciale în materia contractelor de vânzare comercială internaţională de mărfuri.

Evoluțiile economice și tehnice din ultimele decenii ridică un semn de întrebare clar dacă doar modelul Convenţiei Naţiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internaţională de mărfuri (Viena, 1980) este suficient pentru a aborda toate aspectele legate de vânzarea internaţională de mărfuri. Putem oare afirma ca însuşi textul Convenţiei Naţiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internaţională de mărfuri (Viena, 1980) reprezintă soluţia optimă pentru rezolvarea conflictelor de legi? Uniformizarea regulilor în materie de vânzare internaţională poate fi facilitată prin rezolvarea problemelor comune existente în sistemele de drept naţionale. Trebuie precizat că în practică metodele diferite referitoare la uniformizare nu sunt competitive, nu se exclud, ci se completează în mod reciproc. Pentru a fi atins scopul uniformizării nu trebuie făcută o alegere între aceste metode, ci mai degrabă ele trebuie folosite împreună pentru a consolida comerţul internaţional si a obţine o armonizare optimă a regulilor în materie de vânzare internaţională de mărfuri.

Convenţia Naţiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internaţională de mărfuri (Viena, 1980) reprezintă o operă de sinteză a celor mai importante sisteme de drept, în materia vânzării internaţionale de mărfuri, şi anume, între sistemul romanist şi common law, ceea ce a asigurat succesul şi aderenţa internaţională relativ largă a Convenţiei[1]. Instrument cheie în

[1] M. Galanton, *Dreptul comerţului internaţional*, Ed. Orizonturi Universitare, Timişoara, 2004, p. 130.

uniformizarea dreptului comerţului internaţional, Convenţia adoptă soluţii moderne, compatibile cu exigenţele actuale ale relaţiilor comerciale internaţionale.

Încheiată la Viena, la 11 aprilie 1980, Convenţia a intrat în vigoare pe plan internaţional la 1 ianuarie 1988, iar în 26 septembrie 2014, Comisia Organizației Națiunilor Unite pentru dreptul comercial internațional raporta că 83 de state au ratificat Convenţia.

Convenţia conţine patru părţi: Domeniul de aplicare şi dispoziţii generale (Partea I), Formarea contractului (Partea a II-a), Vânzarea mărfurilor (Partea a III-a) şi Dispoziţii finale (Partea a IV-a). Conform prevederilor art. 92, orice stat poate, în momentul în care devine parte la Convenţie, să declare că nu va fi legat de Partea a II-a sau de Partea a III-a din Convenţie.

Racordată la necesitatea alinierii legislaţiei la tendinţele internaţionale, România s-a dovedit receptivă la motivaţia rigorii juridice, ratificând Convenţia de la Viena privind contractul de vânzare internaţională de mărfuri (1980) prin Legea nr. 24/1991, publicată în Monitorul Oficial nr. 54/1991. Prevederile Convenţiei de la Viena din 1980 i-au devenit aplicabile începând cu 1 iunie 1992. România nu a făcut nici o rezervă sau declaraţie, astfel încât aderarea s-a realizat la întreaga convenţie.

Libertatea contractuală şi principiul bunei-credinţe în vânzarea internă şi internaţională

Determinarea legii aplicabile contractului de comerţ internaţional constituie una din problemele cele mai importante pentru corecta apreciere a acestui contract, precum şi pentru stabilirea responsabilităţii fiecăreia dintre părţile contractante cu privire la corecta îndeplinire a obligaţiilor contractuale asumate.

Principiul libertăţii contractuale, unul dintre principiile de bază al comerţului international, este consacrat, atât de Convenţia de la Viena, cât şi de Principiile Dreptului European al Contractelor. Există, însă, o serie de deosebiri ce decurg din natura juridică diferită a celor două seturi de norme de drept. Dacă Convenţia, în cazul statelor contractante, face parte din dreptul material pe care instanţele trebuie să-l aplice, Principiile, pentru a deveni aplicabile, necesită un acord de voinţă al părţilor, de a supune contractul dispoziţiilor cuprinse în Principii.

Convenţia, prin art. 6, reţine sistemul opting-out şi nu opting-in. Astfel, Convenţia este pe deplin drept aplicabilă, cu excepţia cazului când părţile au exclus-o. Aşadar, este necesar, pentru înlăturarea Convenţiei, ca părţile să aibă voinţa efectivă de a o exclude. Avându-se în vedere sistemul reciprocităţii, Convenţia se aplică contractelor de vânzare de mărfuri dacă vânzătorul şi cumpărătorul îşi au sediul în state contractante diferite. De asemenea, ea se va aplica chiar şi atunci când regulile de drept internaţional privat ale forului desemnează legea unui stat terţ semnatar al Convenţiei.

În cazul în care părţile au sediul în state ce au semnat Convenţia, aceasta nu prevalează asupra unui acord internaţional deja încheiat sau în curs de încheiere ce conţine dispoziţii referitoare la materiile cârmuite de Convenţie. Astfel, statele sunt exonerate de posibilitatea de a stabili clauze particulare pe o bază regională, dorind să adauge modificări Convenţiei de la Viena. Aşadar, Convenţia se aplică, în această situaţie, independent de orice mecanism al conflictului de legi.

Convenţia de la Viena poate deveni aplicabilă şi în cazul în care numai una dintre părţi îşi are sediul într-un stat contractant sau nici una dintre părţi nu îşi are sediul pe teritoriul unui stat contractant, condiţia fiind ca normele de drept internaţional privat ale ţării forului să trimită, prin punctele lor de legătură, la legea unui stat contractant. Dacă se permite judecătorului unui stat necontractant să determine prin intermediul normelor de drept internaţional privat ale forului că formarea şi efectele unui contract de vânzare internaţională

sunt guvernate de dispoziţiile Convenţiei de la Viena, se impune a se recunoaşte şi părţilor posibilitatea de a-şi exprima voinţa cu privire la alegerea dreptului aplicabil contractului (law shopping)[2]. Voinţa părţilor contractante de a alege, ca lege competentă să guverneze raporturile lor contractuale, sistemul de drept al unui stat are scopul de a evita conflictul de legi şi îndeplineşte funcţia unei norme conflictuale de drept internaţional privat. Dacă sistemul de drept determinat de părţi a încorporat Convenţia de la Viena, apare evident că dispoziţiile acesteia se impun a fi luate în considerare cu titlu de lex causae.

Referitor la Principiile Dreptului European al Contractelor, art. 1:101 (2), (3), respectiv 1:103 (1) tratează situaţia în care părţile aleg Principiile ca lege aplicabilă contractului. Conform art. 1:102 (1) părţile pot determina conţinutul contractului sub rezerva cerinţelor de bună-credinţă şi loialitatea contractuală. Convenţia nu prevede în art. 6 o astfel de limitare a libertăţii contractuale. Dacă Principiile subordonează libertatea contractuală regulilor imperative pe care le conţin, Convenţia impune părţilor, cu titlu de obligaţie, doar dispoziţia cuprinsă în art. 12. Astfel, orice prevedere a art. 11 (forma contractului), a art. 29 (rezilierea amiabilă) sau a părţii a II-a a Convenţiei (formarea contractului), care autoriza altă formă decât forma scrisă, fie pentru încheierea sau pentru modificarea ori rezilierea pe cale amiabilă a unui contract de vânzare, fie pentru orice ofertă, acceptare sau altă manifestare de intenţie, nu se aplica decât dacă una din părţi are sediul într-un stat contractant care a făcut o declaraţie în conformitate cu art. 96 din Convenţie. Părţile nu pot deroga de la acest articol, nici să-i modifice efectele. Spre deosebire de Convenţie, care, pe de o parte, exclude din domeniul său de aplicare validitatea contractului, dar, pe de altă parte, tratează probleme ce în majoritatea sistemelor de drept naţional sunt guvernate de norme supletive, Principiile limitează libertatea contractuală a părţilor deoarece, acest set de reguli conţine prevederi referitoare la validitatea contractului, dispoziţiile sale fiind aplicabile şi contractelor privind consumatorii.

Totodată, libertatea contractuală, prin prisma Principiilor (art. 1:103 (1), (2)), este subordonată normelor imperative ale dreptului naţional, supranaţional sau internaţional. Astfel, normele naționale obligatorii devin aplicabile în cazul în care legea aplicabilă nu permite excluderea lor prin alegerea efectuată de către părți. În cazul Convenţiei, normele imperative ale dreptului naţional, supranaţional sau internaţional rămân relevante doar în situaţia în care părţile aleg sistemul opting-in în ceea ce priveşte aplicabilitatea Convenţiei. Într-un atare context, art. 1:103 din Principii apare ca un instrument complementar Convenţiei.

Buna-credinţă ocupă un loc important în interpretarea atât a Convenţiei de la Viena, cât şi a Principiilor Dreptului European al Contractelor. Natura şi conţinutul art. 1:106 din Principii sunt cvasiidentice cu dispoziţiile cuprinse în art. 7 din Convenţie. Totuşi, Convenţia nu coroborează în mod explicit, astfel cum se întâmplă în cazul Principiilor, buna-credinţă cu loialitatea contractuală. Dacă, referitor la Convenţie, conceptul de bună-credinţă priveşte interpretarea ce urmează a fi dată dispoziţiilor Convenţiei, în cazul Principiilor, acest concept operează pentru fiecare contract specific în parte.

Conceptul de bună-credință și loialitate contractuală nu funcționează doar ca o regulă de interpretare a fiecărui articol al Principiilor. Obligația de bună-credință, astfel cum aceasta este încorporată în art. 1:201, devine imperativă pentru părți. Spre deosebire de art. 7 alin. (1) din Convenţie, art. 1:201 din Principii impune pentru fiecare dintre părți o obligație pozitivă de bună-credință și loialitate contractuală în exercitarea drepturilor sale și îndeplinirea obligaţiilor ce decurg din contract. Convenția de la Viena nu conține nicio prevedere expresă prin care contractul dintre părţi trebuie să se supună unui maxim de bună-credință. Textul art.

[2] M. Costin; S. Deleanu, *Dreptul comerţului internaţional*, Ed. Argonaut, Cluj-Napoca, 2007, pp. 230-231.

7 alin. (1) face referire numai la aplicarea Convenţiei, nu şi la executarea în mod direct a contractului.

Atât Convenţia de la Viena, cât şi Principiile Dreptului European al Contractelor, pe lângă afinitatea textuală generică şi similitudinile de substanţă, au un scop comun, şi anume, uniformizarea regimului raporturilor juridice de drept comercial internaţional, scop izvorât din însăşi raţiunea existenţei celor două[3]. Din această perspectivă Principiile ar putea fi privite ca un intrument complementar în aplicarea şi interpretarea Convenţiei. Mai mult decât atât, Convenţia prevede în art. 7 alin. 2 că problemele privind materiile cârmuite de Convenţie şi care nu sunt rezolvate în mod expres de către ea, vor fi reglementate potrivit cu principiile generale din care ea se inspiră sau, în lipsa acestor principii, în conformitate cu legea aplicabilă în temeiul normelor de drept internaţional privat. Prin „materiile cârmuite de Convenţie'' trebuie înţelese acele aspecte care nu exced domeniului de aplicare şi care nu fac obiectul unei rezerve la Convenţie. Din formularea art. 7 alin. 2 rezultă că se acordă prioritate, ca regulă de interpretare, principiilor generale din care Convenţia se inspiră, urmând ca numai în subsidiar să se recurgă la dreptul naţional, indicat de norma conflictuală aplicabilă în speţă. Justificarea acestei soluţii rezidă în faptul că s-a urmărit aplicarea unor principii unitare tuturor contractelor de vânzare cârmuite de Convenţie, evitându-se, astfel, diversificările existente în sistemele de drept naţional[4]. Prin noţiunea de „principii generale din care Convenţia se inspiră'' trebuie înţelese atât cele exprimate în preambulul său[5], dar şi principiile generale de drept care constituie fondul comun al reglementării vânzării internaţionale de mărfuri în diferitele sisteme de drept ale lumii. Un asemenea rol poate fi jucat de Principiile Dreptului European al Contractelor, dar şi de Principiile UNIDROIT, acestea din urmă, conform preambulului lor, stabilesc regulile generale aplicabile contractelor comerciale internaţionale, constituind un sistem de regului de drept al contractelor comerciale internaţionale comune diferitelor sisteme de drept naţionale.

Libertatea contractuală şi buna-credinţă se regăsesc, ca şi noutate, de altfel, şi în Codul civil român, acesta grupând în jurul celor două mari principii, negocierile precontractuale. O astfel de reglementare cu privire la etapa negocierilor nu se regăsea în Codul civil din 1864, fiind inspirată atât din Principiile Dreptului European al Contractelor, cât şi din Principiile UNIDROIT. Astfel, conform art. 1183 din Codul civil român părţile au libertatea iniţierii, desfăşurării şi ruperii negocierilor şi nu pot fi ţinute răspunzătoare pentru eşecul acestora. Partea care se angajează într-o negociere este ţinută să respecte exigenţele bunei-credinţe. Părţile nu pot conveni limitarea sau excluderea acestei obligaţii. Este contrară exigenţelor bunei-credinţe, conduita părţii care iniţiază sau continuă negocierile fără intenţia de a încheia contractul. Partea care iniţiază, continuă sau rupe negocierile contrar bunei-credinţe răspunde pentru prejudiciul cauzat celeilalte părţi. Pentru stabilirea acestui prejudiciu se va ţine seama de cheltuielile angajate în vederea negocierilor, de renunţarea de către cealaltă parte la alte oferte şi de orice împrejurări asemănătoare. Aşadar, libertatea contractuală este limitată exigenţelor bunei-credinţe, astfel încât o parte contractantă va putea să iniţieze sau să rupă negocierile numai atunci când acţiunile sale respectă rigorile bunei-credinţe.

Principiul bunei-credinţe este ridicat la nivel de ordine publică, întrucât parţile nu pot conveni limitarea sau excluderea sa. Datorită caracterului imperativ al acestui principiu, o parte poate invoca încălcarea bunei-credinţe în negocieri ca prevalând asupra termenilor

[3] H. Rösler, *Eliminating borders of national private law Potentials analysis of EU private law, the CISG and the Principles*, IPR Verlag GmbH, München, pp. 208-209.

[4] J. Felemegas, *Comparative Editorial Remarks on the Concept of Good Faith in the CISG and the PECL*, Pace International Law Review, Volume 13, nr. 9-1-2001, pp. 399-406.

[5] Buna-credinţă se alătură egalităţii părţilor, avantajului reciproc, eliminării obstacolelor juridice în schimburile internaţionale, toate acestea convergând către favorizarea dezvoltării comerţului internaţional.

agreaţi. În multe situaţii, părţile decid să încheie un acord care să guverneze conduita lor pe durata negocierilor. Principiul bunei-credinţe poate fi invocat chiar şi atunci când cealaltă parte îşi bazează acţiunile pe un cadru contractual agreat de părţi cu privire la modul de desfăşurare şi de rupere a negocierilor. Limitarea, în acest mod a libertăţii contractuale creează incertitudine în ceea ce priveşte încadrarea unei acţiuni ca fiind compatibilă sau nu cu buna-credinţă, ceea ce generează o anumită insecuritate juridică pentru cel care trebuie să acţioneze cu bună-credinţă[6].

Codul civil român a păstrat regula bunei-credinţe ca un concept deschis, interpretabil de la caz la caz. Mergând mai departe, dispoziţia cuprinsă în art. 1183 din Codul civil trebuie coroborată atât cu prevederile Principiilor Dreptului European al Contractelor, respectiv cu prevederile Principiilor UNIDROIT, astfel încât să se poată păstra un climat de securitate juridică şi în acest mod principiul libertăţii contractuale stabilit de art. 1183 să nu rămână golit de conţinut.

Validitatea contractului şi transferul proprietăţii în vânzarea internă şi internaţională

Plecând de la ceea ce s-a afirmat în doctrină, şi anume că vânzare internaţională se individualizează prin funcţionalitatea sa, iar nu prin structura sa juridică[7], trebuie subliniat că sub aspectul condiţiilor de validitate şi al efectelor, contractul de vânzare internaţională nu are în legislaţia română, ca de altfel nici în alte legislaţii, o reglementare proprie, distinct de cea a vânzării interne. Cu toate că identificăm un fond comun cu cel al vânzarii civile, ceea ce diferenţiază în mod semnificativ contractul de vânzare internă de cel de vânzare internaţională este faptul că acesta din urmă cuprinde, în mod inerent, elemente de extraneitate. Aşadar, contractul de vânzare comercială internaţională nu este un contract de comerţ intern cu element de extraneitate, ci un contract cu reglementare proprie sui generis[8].

În legislaţia română sediul de bază în materie de vânzare se găseşte în Codul civil român, Cartea a V-a, intitulată „Despre obligaţii", Titlul IX „Diferite contracte speciale", Capitolul I „Contractul de vânzare", art. 1650-1762. Potrivit art. 1650, vânzarea este contractul prin care vânzătorul transmite sau, după caz, se obligă să transmită cumpărătorului proprietatea unui bun în schimbul unui preţ pe care cumpărătorul se obligă să îl plătească.

Referitor la formarea contractului de vânzare internaţională de mărfuri, se ridică în mod prioritar problema condiţiilor sale de validitate, însă aceste aspecte exced dispoziţiilor Convenţiei, care reglementează doar formarea contractului de vânzare internaţionlă şi drepturile şi obligaţiile la care un astfel de contract dă naştere între vânzător şi cumpărător.

Validitatea contractului este o problemă capitală şi datorită excluderii ei, domeniul regulilor materiale se restrânge considerabil. Absenţa uniformizării regulilor relative la validitatea vânzării internaţionale constă în diferenţa accentuată între soluţiile juridice oferite de diferitele sisteme naţionale de drept. De fiecare dată când se pune problema validităţii vânzării, vor trebui căutate şi consultate regulile normelor conflictuale ale forului. Aşadar, dilema de a distorsiona o unitate instituţională internă în numele necesităţii de a promova uniformizarea pe plan internaţional a fost rezolvată în favoarea sistemelor de drept naţional[9]. Trebuie subliniat că unele dintre condiţiile de validitate ale contractului nu sunt în toate

[6] D. Chirică, *O privire asupra Noului Cod civil. Titlul preliminar*, în P.R. nr. 3/2011, pp. 113-138.
[7] I. L. Georgescu, *Drept comercial român.Teoria generală a obligaţiilor comerciale. Probele.Contractul de vânzare-cumpărare comercială*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1994, p. 208.
[8] Y. Loussouarn; J.D. Bredin, *Le droit du commerce international*, Dalloz, Paris, p. 9.
[9] J. Honnold, "Uniform Words and Uniform Application: The 1980 Sales Convention and International Juridicial Practice", in P Schlechtriem, ed., *Einheitliches Kaufrecht Und Nationales Obligationenrecht* (1987) (Nomos, Baden-Baden), pp. 115-147.

sistemele de drept de natură specific contractuală. Spre exemplu, în sistemele de drept romaniste pentru validitatea actului juridic trebuie să existe o cauză licită (art. 1131 Cod civil francez). Această exigenţă se regăseşte în legislaţia tuturor ţărilor care au suferit influenţa Codului civil francez, cum ar fi România (art. 1235 C. civ.), Italia (art. 1325 C. civ.), Liban (Codul obligaţiilor art. 177 şi 195), Louisiana (art. l966 C. civ.). Noţiunea de cauză nu este reţinută, însă, în mod formal de dreptul german şi scandinav şi nu are corespondent exact în noţiunea de consideration din sistemul de common law. În sistemul de common law contractul este inexistent dacă întâlnirea ofertei cu acceptarea nu este conformă noţiunii de consideration. Aceasta constituie premisa voinţei de a contracta şi constituie reprezentarea interesului unei părţi de a se angaja juridic.

Referitor la validitatea obiectului contractului, chiar dacă toate statele au introdus interdicţii determinate de raţiuni de sănătate, securitate sau moralitate publică, restricţiile şi consecinţele lor juridice nu sunt identice. În consecinţă, şi această problemă rămâne în sfera de reglementare a legislaţiilor naţionale.

În Codul civil român sunt enumerate în art. 1179 condiţiile esenţiale necesare pentru validitatea unui contract, şi anume: capacitatea de a contracta, consimţământul părţilor, un obiect determinat şi licit, o cauză licită şi morală. În cele ce urmează vor fi tratate condiţiile esenţiale pentru validitatea unui contract, prin prisma elementelor inovatoare aduse de Codul civil român comparativ cu vechea reglementare, Codul civil român din 1864.

Codul civil român, în noua sa reglementare, păstrează principiul capacității de a contracta atât pentru persoanele fizice, cât şi pentru cele juridice, care reprezintă regula, excepţiile fiind de strictă reglementare şi aplicare. În ceea ce privește capacitatea de a încheia contractul de vânzare, remarcăm, ca elemente de noutate, incidenţa noţiunii de capacitate de exerciţiu anticipată, în cazurile în care, pentru motive temeinice, instanţa de tutelă poate recunoaște minorului care a împlinit vârsta de 16 ani capacitate deplină de exerciţiu. Totodată, o modificare esenţială apare în materie de incapacităţi de vânzare/cumpărare, noua reglementare eleminând interdicţia de vânzare între soţi, în virtutea principiului independenţei patrimoniale a soţilor, potrivit art. 317.

Vânzarea se încheie prin acordul de voinţă al părţilor contractante, existenţa consimţământului devenind astfel indispensabilă şi esenţială pentru perfectarea contractului. Viciile de consimţământ, aceleaşi ca şi în vechea reglementare, sunt prevăzute de Codul civil într-o manieră mai clară şi mai amplă. Pentru a fi valabil exprimat şi a produce efecte juridice, consimţământul trebuie dat în cunoştinţă de cauză şi în deplină libertate, respectiv să nu fie afectat de vicii care să-l altereze. În acest sens, prin dispoziţiile art. 1204, Codul civil român, referitor la condiţiile consimţământului, prevede că acesta trebuie să fie serios, liber şi exprimat în cunoştinţă de cauza. Consimţământul se consideră a fi viciat atunci când este dat din eroare, surprins prin dol sau smuls prin violenţă, sau în caz de leziune.

Codul civil român introduce eroarea de calcul, eroare ce nu atrage anularea contractului, ci numai rectificarea acestuia, afară de cazul în care, concretizându-se într-o eroare asupra cantităţii, a fost esenţială pentru încheierea contractului. Eroarea de calcul trebuie corectată la cererea oricăreia dintre părţi.

Codul civil român consideră primordială voinţa părţilor şi prin urmare până şi eroarea esenţială poate fi acoperită, în sensul că legiuitorul lasă la latitudinea părţilor dacă invocă sau nu această cauză de nulitate, impediment ce nu putea fi înlăturat sub imperiul reglementării anterioare.

Consimţământul este viciat prin dol atunci când partea s-a aflat într-o eroare provocată de manoperele frauduloase ale celeilalte părţi ori când aceasta din urmă a omis, în mod fraudulos, să il informeze pe contractant asupra unor împrejurări pe care se cuvenea să i le dezvaluie. Sub aspectul elementului material noua reglementare acordă atenţie nu doar

faptului comisiv (acţiunea, constând în folosirea de manopere frauduloase, de natură să provoace eroarea), ci şi faptului omisiv (atitudinea negativă, de a nu aduce la cunoştinţa celeilalte părţi împrejurări care trebuiau să fie dezvăluite)[10]. Spre deosebire de vechea reglementare, în care se menţiona expres condiţia ca dolul să fi fost determinant la încheierea contractului, astfel încât eroarea provocată să fi privit elemente esenţiale pentru încheierea contractului, în noua reglementare nu mai este instituită această condiţie, fiind suficient ca prin atitudinea dolosivă a părţii să fi fost provocată o eroare, chiar dacă aceasta nu a fost esenţială (art. 1214 alin. 2). O altă situaţie nereglementată în vechiul cod se referă la dolul comis de un terţ (art. 1215). Astfel, partea care este victima dolului unui terţ nu poate cere anularea decât dacă cealaltă parte a cunoscut sau, după caz, ar fi trebuit să cunoască dolul la încheierea contractului.

Violenţa, ca viciu de consimţământ este percepută de Codului civil român ca temerea justificată indusă fără drept de cealaltă parte sau de un terţ, de aşa manieră încât partea ameninţată putea să creadă, după împrejurări, că, în lipsa consimţământului său, viaţa, persoana, onoarea sau bunurile sale ar fi expuse unui pericol grav şi iminent (art. 1216). Codul civil măreşte spectrul definiţiei violenţei, fiind catalogată drept violenţă şi temerea insuflată prin ameninţarea cu exerciţiul unui drept făcută cu scopul de a obţine avantaje nejustificate (art. 1217).

Spre deosebire de vechea reglementare, în Codul civil 2009 leziunea este recunoscută şi în cazul majorului, condiţia fiind ca diferenţa de prestaţie să depăşească jumatate din valoarea pe care o avea, la momentul încheierii contractului, prestaţia promisă sau executată de partea lezată (art. 1222 alin. 2).

Obiectul contractului este constituit din operaţiunea juridică avută în vedere de părţi la momentul încheierii acestuia (art. 1225). El trebuie să fie determinat şi licit sub sancţiunea nulităţii absolute. Condiţiile de validitate a obiectului contractului se conctretizează în următoarele: să existe, să fie în circuitul civil, să fie posibil, să fie determinat sau determinabil. Sub acest aspect, Codul civil român conţine dispoziţii referitoare la determinarea obiectului de către un terţ sau prin raportare la un factor de referinţă, precum şi dispoziţii privind determinarea calităţii obiectului (în sensul că, atunci când nu poate fi stabilită potrivit contractului, calitatea prestaţiei sau a obiectului acesteia trebuie să fie rezonabilă sau, dupa împrejurări, cel puţin de nivel mediu).

Spre deosebire de reglementarea anterioară, Codul civil român defineşte cauza contractului ca fiind motivul care determină fiecare parte să încheie contractul (art. 1235). Conform art. 1236 alin. 1, cauza trebuie să existe, să fie licită şi morală. Noua reglementare păstrează şi prezumţiile de existenţă şi de validitate a cauzei, art. 1239 alin. 2 prevăzând că existenţa unei cauze valabile se prezumă până la proba contrară. În plus, conform alin. 1 al aceluiaşi articol, contractul este valabil chiar atunci când cauza nu este expres prevăzută.

Prin definiţie, vânzarea conduce la transferul proprietăţii, art. 30 al Convenţiei precizând în acest sens că vânzătorul se obligă să predea mărfurile, să transfere proprietatea acestora. Convenţia care are drept obiect vânzarea, exclude din domeniul său problemele referitoare la proprietatea mărfurilor vândute, fapt explicabil prin aceea că în unele sisteme juridice vânzarea este translativă de proprietate, iar în alte sisteme juridice transferul proprietăţii este condiţionat de un act juridic sau o formalitate distinctă[11]. În aceste circumstanţe, transferul proprietăţii asupra mărfii nu formează obiectul unei reglementări

[10] D. Anghel, *Contractul de vânzare: practică judiciară şi reglementarea din Noul Cod civil*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2011, p. 67.

[11] I. Macovei, *Dreptul comerţului internaţional*, vol. II, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009, pp. 16-17.

uniforme şi este supus sistemului de drept indicat ca fiind aplicabil de norma conflictuală. Doctrina în materie este unanimă în a constata că există mari deosebiri între diferite sisteme de drept naţional cu privire la transferul de proprietate, în acest domeniu tradiţionalismul naţional fiind foarte pregnant[12]. Totuşi această situaţie este oarecum atenuată de împrejurarea că textul Convenţiei conţine dispoziţii asupra altor cheltuieli, legate tot de proprietate, şi anume, transferul riscurilor, conservarea mărfurilor.

În Codul civil român vânzarea este translativă de proprietate deoarece, prin natura sa, contractul transmite acest drept real. Transferul proprietăţii se produce de drept, acordul de voinţă reprezentând sursa transferului, indiferent de momentul în care se realizează transferul. Pentru acest considerent, vânzarea nu face parte din categoria contractelor numai creatoare de obligaţii[13].

De regulă, proprietatea se strămută de drept cumpărătorului din momentul încheierii contractului, chiar dacă bunul nu a fost predat ori preţul nu a fost încă plătit (art. 1674). Transmiterea imediată a dreptului de proprietate operează numai dacă sunt întrunite următoarele condiţii: vânzătorul este proprietarul lucrului vândut; obiectul contractului este un bun determinat individual; lucrul vândut există; părţile sau legea să nu fi amânat transferul dreptului de proprietate. Ca excepţie, părţile sau legea pot amâna transferul dreptului de proprietate, după încheierea contractului. Tot astfel, transferul dreptului de proprietate operează indiferent dacă s-a făcut predarea lucrului vândut sau plata preţului.

Concluzii

Convenţia Naţiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internaţională de mărfuri (Viena, 1980) reprezintă o veritabilă osmoză a diferitelor viziuni legislative, prin prevederile sale Convenţia atingând pe deplin scopul adoptării sale, acela de a accelera şi stimula tranzacţiile internaţionale, favorizând dezvoltarea comerţului internaţional. Principiile Dreptului European al Contractelor au fost concepute pentru a se aplica ca reguli generale ale dreptului contractual în Comunităţile Europene. Ceea ce trebuie avut în vedere este că în esenţă nicio Convenţie sau set de principii nu vor elimina pe deplin incertitudinile în aplicarea lor. Nu putem vorbi de o uniformitate absolută a regulilor în materie de vânzare, acest deziderat fiind imposibil de împlinit. Atât timp cât caracteristica dreptului internaţional privat este aceea panoplie de diferite sisteme naţionale legale, uniformitatea nu este decât una relativă. Trebuie înţeles că scopul nu reprezintă aplicarea absolută a Convenţiei sau a Principiilor, ci armonizarea prevederilor pe care le conţin, cu dispoziţiile legale din sistemele naţionale, astfel încât conflictele de legi să fie diminuate cât mai mult posibil. Întotdeauna trebuie găsit un anumit grad de compatibilitate între prevederile unei Convenţii şi dispoziţiile sistemului de drept naţional. Putem afirma, că în cazul Convenţiei Naţiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internaţională de mărfuri aceasta îşi găseşte complementul armonios în Principiile Dreptului European al Contractelor. Mai mult decât atât, prevederile Convenţiei Naţiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internaţională de mărfuri şi cele ale Codului civil român în materie de vânzare nu se exclud reciproc, ci se completează într-un mod armonios şi echilibrat.

[12] S. Deleanu, *Unele consideraţii cu privire la domeniul de aplicare al Convenţiei Naţiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internaţionale de mărfuri*, în R.D.C. nr. 1/1994, p. 34.
[13] G. Boroi; L. Stănciulescu, *Institutii de drept civil in reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, p. 332.

Această lucrare a fost finanţată din contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID 141699, cofinanţat din Fondul Social European, prin Programul Operaţional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

Bibliografie

Anghel, D., *Contractul de vânzare: practică judiciară şi reglementarea din Noul Cod civil*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2011.

Boroi, G.; Stănciulescu, L., *Institutii de drept civil in reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, Bucureşti.

Deleanu, S., *Unele consideraţii cu privire la domeniul de aplicare al Convenţiei Naţiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internaţionale de mărfuri*, în R.D.C. nr. 1/1994.

Felemegas, J., *Comparative Editorial Remarks on the Concept of Good Faith in the CISG and the PECL*, Pace International Law Review, Volume 13, nr. 9-1-2001.

Galanton, M., *Dreptul comerţului internaţional*, Ed. Orizonturi Universitare, Timişoara. 2004.

Macovei, I., *Dreptul comerţului internaţional*, vol. II, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009.

THE SOCIAL STATE PRINCIPLE AND RECENT TENDENCIES IN THE LAW MAKING PROCESS IN ROMANIA

Nicolae Scutea, Assist. Prof., PhD, Romanian-German University of Sibiu

Abstract: Although, after more than a century, the social state is in the European constitutionalism a „gained asset", its evolution in post-revolutionary Romania has some particular features. It is a fact that for the constitutional wave, generated by the falling of communism across Eastern Europe, the principle of social state and the social rights were already indisputable and well based constitutional landmarks. Romania, as well as all other East European countries risen out of the communistic shadow, has claimed, somehow self-understood, the principle of the social state in its Constitution, together with an extended catalogue of fundamental social and economical rights. Thus, for almost two decades, the social state has marked its „under construction" status, with an obvious interest for its practical materialization. Same post-revolutionary reality indicates that the legislative affirmation of the social state principle has received a more substantial form only during the starting of negotiations for the European Union accession, whilst implementing the European acquis in the internal normative system. This historical reality merely explains why we are unable to discuss in Romania of a „classical" genesis and evolution of the social state, as occurred in Western Europe, where this social state principle has gone through relatively clearly determined stages, for over a century. This is due to the fact that the Romanian social state, similarly to other ex-communistic states, was established in a state order built on the decay of the communistic state model, namely that state order which, in western European countries, has been fought against by modelling the rule of law in a social state and, then, because by historical concurrence, the Romanian social state had to „burn out" several stages, in the general effort of building up a state order comparable to that of other European countries.

In the light of such considerations recent tendencies in the legislative materialisation of the social state principle need some further comsiderations, although in a critical manner. Apparently the materialisation of the social state (or at least by invoking such arguments) offered opportunity to a certain legislative evolution that hardly can be considered as coordinated and sistemic. This study focusses on some aspectes of the law-making process

that nowadays has been pointed out as beeing at least questionable. For instance, traditionally the principle of the social state has been regarded as a corrective to the fundamental principle of sepparation of the powers, as it demanded not sepparation and passivity of statal authorities but acvtive and coordinated action by the state in implementation of constitutional social objevtives. Therefor, executive action and activ implication of the Government seems undisputed. On the other hand, such considerations need a correct connection to the constitutional mechanism of legislative delegation. It comes clear that lateley by justification of legislative delegation the Executive marks an „agression" on the traditional law-making process by means of delegated legislative powers. It is to investigate to what extent such evolutions are to be justified by the social state priniciple, as emergency ordinances issued by the Executive regulate directly key social domaines or interfere in an abrogative or modifying manner over laws edicted by the Parliament. Furthermore, an other constitutional mechanism, provided by art. 114 of the Romanian Constitution, offered opportunity to the Executive to substitute the law making process by means of engaging responsability over cardinal laws, most of them having overwhelming social significance (education, labor, social dialog a.s.o). Consequently, there is a continuous diminution of parliamentar contribution to the regulation of such areas, reduced, in the best case, only to issueing „a second opinion" in the way of censuring executive ordinancies. There are important implications out of such regulating practicies, most of all concerning the quality of the legislative outcome and the juridical security of social relations.

From an other perspective, an apetite to reform is still persistant after more than 25 years from the Revolution. More than that, each Government practices reform by any price. Linked to this, in the last years all the major domains have been reregulated in a frenetic endeavour to enact new codes or laws. In a very short period of time besides the „big" codes (civil, criminal, civil and criminal procedure) some of the most important social areas received new regulations (education, labour, social security and pension, social care, remuneration in the public sector), although older regulations marked an evolutions of only few years. Furthermore, such „overnight" regulative process brought in some cases tensions and constitutional conflicts between Legislative and Executive and weakend administrative reaction for implementing such new legal provisions. In other cases, legislative action materialised in so called „legislative packages", laws that revised a multitude of laws or regulations in force. In many situations administrative or judicial capacity to deal with or implement such legal provisions has been seriously affected. It is therefore important to give

an indepth analysis to such tendencies, even if in a critical manner, because such evolutions do have a decisive impact on major areas in society.

Keywords: social state principle, separation of powers, legislative delegation, legislative tendencies, administrative capacity.

I. O nouă viziune asupra principiului separaţiei puterilor în stat în lumina principiului statului social

Mijloacele de realizare a competenţei constituţionale a legiuitorului parlamentar sunt prevăzute, ca regulă, de chiar legile fundamentale. Sub acest aspect, "mandatul" constituţional încredinţat legiuitorului în vederea configurării statului social, ca parte integrantă a competenţei sale constituţionale, se realizează prin aceleaşi mijloace, dintre care rolul cel mai important revine, evident, activităţii de adoptare a legilor. Se poate spune însă, la o observare mai atentă a practicii parlamentare în legatură cu afirmarea legislativă a principiului statului social în ţările occidentale, că tocmai materializarea acestui principiu a generat în deceniile trecute unele particularităţi ale procesului de legiferare.

În primul rând, ideea statului social, dinamica sa şi activismul statal la care obligă el, a schimbat în bună măsură filozofia de ansamblu asupra rolului statului şi a interferenţei sale cu societatea. Chiar şi doctrina românească actuală, puternic influenţată de curentele doctrinare apusene, vorbeşte astăzi despre o regândire a însuşi principiului separaţiei puterilor,[1] întrucât acest postulat încetează să mai reprezinte o finalitate în sine ci urmăreşte mai degrabă să genereze o creştere a randamentului statului, în contextul în care ideea statului social nu se mai limitează numai la garanţii juridice ci reclamă implicarea concretă a acestuia. În mod real, principiul separaţiei puterilor în stat îşi schimbă configuraţia sa de echilibru, în sensul că are loc o retragere conştientă a legislativului în raport cu executivul, legislativul, care deşi teoretic deţine puterea legiferării, transformându-se treptat într-o instanţă de control a activităţii executivului.[2]

[1] **Emil Moroianu,** *Câteva noi remarci privind statul de drept,* în revista "Studii de drept românesc", nr. 1/1993, p. 29 şi urm., în sens similar şi **Antonie Iorgovan,** *Drept constituţional şi instituţii politice*, ed. J. L. Calderon, Bucureşti, 1994, p. 153, **Ion Deleanu,** *op. cit.*, vol. I., p. 85, **Mihai Constantinescu,** *Echilibrul puterilor în regimul constituţional din România,* în revista "Dreptul" nr. 3/1993, p. 3 şi urm., **Ion Deleanu,** *Separaţia puterilor în stat-dogmă sau realitate,* în revista "Dreptul", nr. 2-3/1991, p. 17.
[2] **Emil Moroianu,** *op. cit.*, p. 30.

Aşadar, statul social, sau pentru a fi mai exacţi, statul de drept social, presupune o anume erodare a deosebirilor dintre legislativ şi executiv, fiind recunoscută atât în doctrină cât şi în practica statală occidentală, o tot mai accentuată tendinţă către delegarea legislativă, în sensul împuternicirii executivului de a legifera în limitele şi cu privire la domeniile ce fac obiectul delegării. Cauzele pentru o asemenea mutaţie în procesul de legiferare sunt mai multe. Cele mai evidente par totuşi să fie invariabila tehnicizare şi caracterul concretual şi detaliat pe care normele juridice tind să îl dobândească în procesul materializării statului social precum şi, cel puţin în ultimul deceniu, o aproape neverosimilă dinamică în planul relaţiilor sociale pe care normele tind să le disciplineze. În general se acceptă că elaboratul normativ în plan social nu are vocaţie de durabilitate, el este supus, mai mult decât în alte domenii, unui proces de revizuire şi adaptare, pe de o parte pentru a nu deveni "o haină prea strâmtă" la un moment dat, iar pe de altă parte pentru a răspunde mai bine necesităţilor sociale în permanenta lor dinamică, evident, cu raportare permanentă şi concretă la posibilităţile materiale ale statului.

Constituantul român a anticipat o asemenea evoluţie a fenomenului, mai cu seamă în contextul istoric al anilor '90. Aceasta în primul rând pentru că mutaţiile majore în plan politic, economic şi social reclamau din capul locului adaptabilitate, supleţe şi eficienţă din partea mecanismelor statului social pentru a face în mod concret şi imediat "suportabilă" tranziţia, iar în al doilea rând pentru a conferi stabilitate şi echilibru noii ordini către care tinde societatea românească în viitor. O asemenea viziune a constituantului obligă la o analiză mai profundă asupra modului formal de configurare a principiului statului social.

O primă concluzie se poate desprinde, dacă continuăm în acest plan al discuţiei un raţionament pe care doctrina noastră l-a elaborat cu privire la contextul normativ configurat de Constituţie. Potrivit opiniei profesorului T. Drăganu, împărtăşită însă şi de alţi autori, prin faptul că în diferite articole Legea fundamentală prevede expres că unele raporturi sociale pot fi reglementate numai prin lege, în timp ce pentru unele nu este stipulată această condiţie, ea lasă deschisă posibilitatea ca şi organele administraţiei publice să desfăşoare o anumită activitate normativă.[3] Aici însă sunt necesare anumite corective, întrucât, chiar dacă aceste autorităţi pot să prescrie o anume conduită de urmat, ele o pot face numai în limitele competenţei atribuite de Constituţie sau de lege, iar normele astfel stabilite nu pot contraveni legii. Doctrina mai face de asemenea şi amendamentul că, în pofida faptului că prin

[3] **Tudor Drăganu,** *Drept constituţional şi instituţii politice,* ed. Lumina Lex, Bucuresti, 1998, vol. II, p. 106 şi urm. În acelaşi sens şi **Dana Apostol Tofan,** *Puterea discreţionară şi excesul de putere al autorităţilor publice,* ed. All Beck, Bucureşti, 1999, p.232.

Constituţie nu se cere în mod expres ca un anumit raport juridic să fie reglementat prin lege, în cele din urmă definirea domeniului rezervat acesteia depinde de o judecată de valoare, adică de o cântărire concretă a intereselor publice şi private puse în joc, de implicaţiile şi intensitatea reglementărilor ş.a.m.d.

Cât privește configurarea normativă a statului social, o examinare sumară a catalogului de drepturi social-economice proclamate de Constituţia Romaniei precum şi a altor dispoziţii constituţionale legate de acest principiu, ne arată că asemenea situaţii pot interveni în mod concret în pozitivarea sarcinilor sociale ale statului. Spre pildă, dispoziţii constituţionale cu grad mare de extensie precum "statul este obligat să ia măsuri de dezvoltare economică şi de protecţie socială, de natură să asigure cetăţenilor un nivel de trai decent" (art. 47) sau "autorităţile publice au obligaţia să contribuie la asigurarea condiţiilor pentru participarea liberă a tinerilor la viaţa politică, socială, economică, culturală şi sportivă a ţării (art. 49 al. ultim), ridică întrebarea dacă îndeplinirea "mandatul social" trebuie să treacă obligatoriu prin filtrul legiuitorului, chiar şi numai pentru o configurare generică, sau dacă dimpotrivă el permite şi reglementări autonome în anumite situaţii.

În acord cu doctrina românească actuală, credem că această secundă posibilitate poate fi dedusă din chiar "mandatul social", mai ales că nici Constituţia nu o exclude ab initio, iar în măsura în care o asemenea intervenţie vizează raporturi sociale mai reduse ca importanţă sau aspecte cu caracter precumpănitor tehnic şi există competenţa conferită legal de a reglementa, realizarea ei nu poate fi decât în spiritul principiului statului social. Bineînţeles, o atare ipoteză nu poate fi de natură să înlăture competenţa generală a legiuitorului, care rămâne suveran să decidă dacă, în ce măsură şi cum anume vrea să configureze realitatea juridică prin acte proprii, aceasta fiind expresia puterii sale discreţionare, căreia în acest caz particular i se subsumează şi "mandatul social" al cărui prim destinatar legiutorul rămâne, potrivit constituantului.

II. Delegarea legislativă şi materializarea principiului statului social

O altă corelare în acest plan al discuţiei poate fi făcută între materializarea principiului statului social şi delegarea legislativă, cunoscută în aproape toate constiţutiile statelor europene. Spre exemplu, experienţa statului social german din ultimele decenii evocă în plan legislativ o tot mai pronunţată tendinţă de translatare de la lege către reglementări primare ale executivului. Până la urmă viaţa a demonstrat faptul că particularităţile intervenţiei normative

a legiuitorului în plan social, şi aici este vorba de realizarea statului social modern, receptiv la tot mai nuantaţe nevoi sociale, duce inevitabil la o aglomerare şi suprasolicitare a legislativului, care în final ameninţă să-i blocheze posibilitatea de a răspunde în mod corespunzator exigenţelor principiului constituțional al statului social.

Asemenea tendinţe au fost anticipate de doctrina şi de jurisprudenta constituţională germană relativ devreme. Tribunalul Constituțional Federal aprecia încă în anul 1957 într-una din deciziile sale[4] că "vastitatea domeniului în care trebuie să activeze legiuitorul în cadrul statului social impune în masură deosebită cooperarea între puterea legiuitoare şi cea executivă." Cu valoare de principiu doctrina germană a subliniat şi ea că, în contextul regimului parlamentar, pentru configurarea statului social conlucrarea între aceste două puteri devine esenţială, fără a vedea în aceasta vreo atingere adusă principiului separaţiei puterilor în stat.[5] Înţelegând însă importanţa covârşitoare pe care legiferarea o are în materializarea principiul statului social, formula delegării legislative devine o opţiune necesară în această constelaţie.[6] În acest punct al discuţiei se ajunge însă inevitabil la impasul generat de dilema în ce limite mandatul social al legislativului poate fi transferat către executiv, şi dacă nu cumva în această manieră substanţa sa constituţională este periclitată de compromisuri de ordin politic şi populist, mult mai lesne de suspectat la nivelul executivului. Şi în acest raţionament doctrina germană porneşte de la libertatea de apreciere recunoscută principial de Legea fundamentală legiuitorului în configurarea statului social. Literatura şi jurisprudenţa constituţională sunt însă mult mai atente când este vorba de punerea în ecuaţie a acestui drept de apreciere vizavi de instituţia delegării legislative (*delegierte Gesetzgebung)*, mai ales când este vorba de fixarea unor limite a acesteia din urmă, în consonanţă cu exigenţele statului de drept şi social.

Delegarea legislativă este reglementată de art. 80 din Legea fundamentală germană.[7] Faţă de textul destul de concis şi lapidar al acestui articol, doctrina şi jurisprudenţa au fost chemate să stabilească cum se conciliază delegarea legislativă cu filozofia democratic-parlamentară despre stat a constituantului german şi mai apoi cu principiul statului social. În lipsa unor nuanţări mai concrete în textul art. 80, s-a interpretat, pentru a nu rămane tributari

[4] A se vedea decizia Tribunalului Constituțional Federal (primului senat) din data de 23.01.1957, citată după **Werner Schreiber,** *Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes in der Praxis der Rechtssprechung,* ed. Duncker&Humboldt, Berlin, 1974, p. 59.
[5] **Roman Herzog, Gunther Durig, Theodor Maunz,** *Grundgesetz Kommnetar,* Verlag C.H. Beck, Munchen, 1994, p. 325.
[6] mai detaliat in **Werner Schreiber,** *op. cit.*, p. 59.
[7] Textul articolului 80 este următorul: "Guvernul Federal, un ministru sau guvernele landurilor pot fi împuternicite prin lege să emită ordonanţe regulamentare. În acest scop, in lege trebuie să fie determinate cuprinsul, scopul şi limitele împuternicirii acordate. Temeiul juridic trebuie menţionat în ordonanţă. Dacă se prevede în lege că împuternicirea poate să fie transmisă mai departe, pentru transmiterea împuternicirii este nevoie de o ordonanţă regulamentară."

concepţiei de ansamblu a Legii fundamentale, că în toate "cazurile şi aspectele esenţiale" (*grundsatzliche Fragen),* care privesc în mod nemijlocit pe cetăţean, deciziile trebuie sa aparţină legislativului. Printr-o interpretare conjugată a principiilor constituţionale privind separaţia puterilor în stat, democraţia reprezentativă şi statul social, doctrina germană a impus "teoria esenţialităţii" (*Wesentlichkeitstheorie)* potrivit căreia legislativul este obligat să îsi exercite prerogativele de legiferare în zone esenţiale ale vieţii sociale, care trebuiesc reglementate prin norme edictate de un organ democratic legitimat, prerogativa sa de decizie (*Entscheidungsprerogative)* determinând în acest spectru de relaţii sociale ceea ce doctrina a denumit "rezerva parlamentară" (*Parlamentsvorbehalt).* Care anume decizii trebuie privite ca esenţiale (*wesentlich)* şi cad, ca atare, în zona "rezervei parlamentare", urmează a se cântari cu prudenţă, doctrinarii germani oferind câteva repere legate principial de specificul relaţiilor sociale afectate de reglementările în cauză şi posturile juridice în care sunt transpuşi cei vizaţi de ele, cum ar fi spre pildă: impactul public al actului normativ, intensitatea reglementării raportată la individ, anvergura acţiunii statale, incidenţa asupra drepturilor şi liberatăţilor fundamentale, amploarea conflictului politic, etc.[8] În orice caz, aşa cum a susţinut şi Tribunalul Constituţional Federal în jurisprudenţa sa, "teoria esenţialităţii" (*Wesentlichkeitstheorie)* bazată pe prevederile de principiu ale art. 20 al. 1 şi 2, trebuie aplicată pentru delimitarea domeniului relevant al drepturilor fundamentale (*grundrechtsrelevanter Bereich),* respectiv în concretizarea oricăreia din dispoziţiile constituţionale ale art. 1-19[9] unde Legea Fundamentală impune reglementarea, uneori chiar în detaliu, prin norme ale legislativului.[10]

Considerente similare şi-au facut loc şi în expunerile mai recente ale doctrinarilor români. O primă distincţie, credem, că se cuvine făcută între legile organice şi legile ordinare. În ceea ce le priveşte pe cele dintâi, la o analiză a catalogului drepturilor social-economice afirmate constituţional, precum şi a altor prevederi constituţionale cu trimiteri la obligaţia de legiferare subsecventă, se constată că, în general, aspectele sociale nu sunt supuse reglementării prin legi organice. Aceasta nu înseamnă că constituantul nu le acordă

[8] **Alfred Katz,** *Staatsrecht,* ed. C.F. Muller, Heidelberg, 1987, p. 83.
[9] capitolul I din Constituţia RFG referitor la drepturile fundamentale (art. 1 pana la art. 19).
[10] **Alfred Katz,** *Staatsrecht,* op. cit., p. 84 si jurisprudenţa instanţei de contencios constituţional citată de autor. Pentru detalii a se vedea **Christoph Degenhart,** *Staatsrecht I,* ed. C.F. Muller, Heidelberg, 1992, p. 89 şi urm., precum şi jurisprudenţa citată de autor. Pentru comentarii detaliate asupra articolului 80 din legea fundamentală a RFG a se vedea **Georg Leibholz, H.J. Rinck, Karl Helberg,** *Grundgesetz fur die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtssprechung des Bundesvarfassungsgerichts,* ed. Dr. Otto Schmidt KG., Koln, 1966, p. 415 si **Otto Model, Klaus Muller,** *Grundgesetz fur die Bundesrepublik Deutschland,* ed. Carl Heymanns, Koln, 1981, p. 465. Cazuri de speţă a se vedea în Culegerea de decizii ale Curţii Constituţionale Federale *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts,* vol. I, ed. Mohr Siebeck, Tubingen, 1997.

importanţa cuvenită, deşi acest criteriu de apreciere nu este întru totul exact[11], mai cu seamă că în art. 73 al. 2 în enumerarea materiilor pentru care se prevede necesitatea adoptării legilor organice se regăseşte "organizarea generală a învăţământului" şi "regimul general privind raporturile de muncă, sindicatele, patronatele şi protecţia socială." Însă tocmai această formulare de "organizare generală" sau de "regim general" obligă la reflecţii mai adânci. Neîndoielnic, ele trimit la coordonate cardinale ale statului social, însă înfăptuirea practică poate crea unele dificultăţi. Doctrina a observat şi ea practici neunitare ale Parlamentului în preluarea în activitatea legislativă a exigenţelor constituţionale pentru delimitarea celor două categorii de legi, vorbind, cu referire la sintagmele "regim sau organizare generală", de concepte juridice nedeterminate[12], la adăpostul cărora prinde rădăcini în unele situaţii puterea discreţionară în interpretare şi aplicare.[13] Curtea Constituţională a subliniat şi ea acest aspect, încercând să nuanţeze utilizarea termenului "general" în acest context de către constituant.[14] Date fiind aceste considerente, principiul statului social, analizat în aplicarea sa şi prin prisma instituţiei delegării legislative prevăzute de art. 115 din Constituţie, evocă într-adevăr o anume afinitate cu legiferarea pe calea ordonanţelor guvernamentale. Dincolo de legile organice importante adoptate de Parlament în "zonele sociale", se poate observa tendinţa legiuitorului de a delega atributul legiferarii în zone rezervate legii ordinare către executiv pe calea legilor de abilitare. Dacă analizăm în conţinut legile de abilitare adoptate în ultimii 15 ani, şi apoi privim statistic ordonanţele de guvern emise în aceaşi perioadă de timp, rezultă că o pondere semnificativă au avut-o acele ordonanţe care reglementau mai mult sau mai puţin direct aspecte de ordin social.

---

11 Legile organice, reprezentând excepţia în raport cu cele ordinare, care constituie regula, au fost calificate în doctrină ca fiind legi de aplicare sau de prelungire a dispoziţiilor constituţionale (**Genoveva Vrabie,** *Organizarea politico-etatică a României. Drept constituţional şi instituţii politice,* ed. Cugetarea, Iaşi, 1996, vol. II, p. 161) sau ca legi care privesc organizarea şi funcţionarea autorităţilor publice, explicitând sau dezvoltând principiile sau regulile enunţate în Constituţie sau având ca obiect relaţii sociale fundamentale (**Ion Deleanu,** *op. cit.*, vol. II, p. 322.

12 **Dana Apostol Tofan,** *op. cit.*, p. 238. În acelaşi sens şi **Corneliu Liviu Popescu,** *Instituţia văditei neconstituţionalităţi a legilor,* în "Dreptul", nr. 5/1996, p. 26 şi urm. unde autorul face o enumerare a noţiunilor nedeterminate pe care Constituţia le utilizează în cuprinsul său.

13 spre pildă în văzul vechii reglementări privind învăţământul, legea Învăţământului nr. 84/1995, era o lege care în accepţiunea art. 73 al. 2 lit. priveşte organizarea generală a învăţământului, dacă am judeca-o prin conţinut şi prin prisma prevederilor art. 1: „Prezenta lege reglementează organizarea şi funcţionarea sistemului naţional de învăţământ." Există desigur posibilitatea ca legiuitorul să opteze pentru reglementarea generală a acestui domeniu şi prin mai multe legi organice, ceea ce nu este cazul deocamdată, însă Parlamentul a adoptat tot ca lege organică şi legea 88/1993 privind acreditarea instituţiilor de învăţământ superior şi recunoaşterea diplomelor, astazi abrogată prin OUG 75/2005, deşi aceasta nu se încadra în conotaţia de „regim general" ci reglementa mai degrabă aspecte de detaliu. În alte cazuri de reglementare mai detaliată pentru acelaşi domeniu legiuitorul a recurs la legi ordinare.

14 Decizia nr. 2/1995 publicată în M.of. nr. 5 din data: 13.01.1995. Curtea reţine în considerentele sale în ceea ce priveşte legile organice, „art. 72 alin. (2) stabileşte domeniile, iar la lit. l) arată că prin asemenea legi se reglementează „regimul general privind raporturile de muncă, sindicatele şi protecţia socială". Este deci evident că folosirea termenului general circumscrie domeniul legilor organice la principiile (regulile) comune, fundamentale, care privesc raporturile de muncă, sindicatele şi protecţia socială. Firesc, aspectele parţiale, particulare, eventual mai mărunte, pot fi reglementate şi prin legi ordinare sau chiar prin acte normative inferioare acestora, în conformitate însă cu acest regim general. Lectura art. 72 alin. (2) din Constituţie evidenţiază că în mai multe alineate se practică acest procedeu juridic, ca de exemplu: regimul juridic general al proprietăţii şi al moştenirii (lit. k); organizarea generală a învăţământului (lit. m); regimul general al cultelor (lit. n)."

În ceea ce priveşte ordonanţele de urgenţă adoptate de către Guvern este poate important de menţionat că acestea au intervenit printre altele şi în modificarea unor legi organice care reglementau "regimul general privind raporturile de muncă, sindicatele sau protecţia socială", şi chiar în nenumărate rânduri. Este o problemă, criticată de altfel în toată perioada până la revizuirea Constituţiei în 2003. Se remarcă însă, că nici modificările aduse prin revizuirea Constituţiei la art. 114, devenit 115, din Legea fundamentală, nu au contribuit semnificativ la stăvilirea avalanşei de ordonanţe de urgenţă, care în domeniul social au continuat să intervină chiar în domenii rezervate legii organice. Privind asupra notelor de fundamentare care însoţesc aceste acte ale guvernului, mai totdeauna ele justificau până la aderarea la Uniunea Europeană urgenţa reglementării făcând recurs la procesul de transpunere al aquisului comunitar, iar de dată mai recentă – in contextul crizei economice – justificările trimiteau la presiunea impusă de îndeplinirea angajamentelor asumate față de creditorii/partenerii finanțatori externi.

Făcând însa abstracţie de aceste motivaţii, devenite ceva la modă şi la adăpostul cărora astăzi aproape că se justifică orice demers legislativ şi în orice formă, şi privind în particular uzul excesiv de ordonanţe strict din perspectiva statului social, se pot găsi atenuări şi justificări legate de oportunitatea, dinamica sau adaptabilitatea la contextul social concret, aspecte care, mai mult sau mai puţin, pot justifica uneori "agresiunea" ordonanţelor de urgenţă asupra legii organice. Dacă însă privim problema în corelare cu principiul statului de drept, cu postulatul securităţii juridice şi cu protecţia încrederii cetăţeanului în stabilitatea ordinii de drept, cu care inclusiv statul social trebuie corelat în mod necesar, aceste practici vădesc deja în numeroase situaţii o insuportabilă insecuritate juridică. Rămâne de remarcat că această practică legislativă nu pune doar cetăţeanul într-o poziţie dificilă faţă de stat, dar "sufocă" literalmente chiar insituţiile statale chemate să aplice aceste norme, verificându-se odată în plus faptul că disproporţia între elaboratul legislativ creat artificial şi slaba capacitate administrativă de punere a sa în operă crează astăzi cele mai mari dileme în viaţa statală.

Practica ordonantelor de urgență ne oferă – și numai dacă ne-am referi doar la reglementări ce privesc configurarea principiului statului social – exemple dintre cele mai bizare de practici legislative, adevarate „capcane" normative. Spre pildă, în anul 2005, după doar doi ani de la adoptarea Codului Muncii prin Legea 53/2003, acesta suferă dramatice modificări prin OUG 65/2005[15], constatându-se ulterior că doar parte din acestea au fost

[15] Publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 576 din 5 iulie 2005.

aprobate prin Legea 371/2005 de aprobare a acestei ordonanțe[16], ceea ce a făcut ca în decurs de numai câteva luni să asistăm de fapt la o dublă modificare. Mai discutabil a fost însă faptul că aceste modificări aduse prin ordonanța de urgență purtau stigmatul unor modificări de fond, acuzația fiind, la acea vreme, ca în forma sa inițială din 2003 Codul muncii era prea social, prea favorabil angajaților. Similar avea să se pună problema și în anul 2011 în contexul crizei economice, când prin Legea 40/2011[17] aveau să fie aduse modificări substanțiale, apreciate ca avantajând într-o anume măsura angajatorii, însă cel puțin în acest caz era vorba de modificări aduse prin lege.

Asemenea exemple de incoerență legislativă generată de intervenția ordonanțelor de urgență pot fi identificate și într-un alt domeniu major, cel al sistemului public de pensii. Legea 263/2010[18], noua reglementare cadru a acestui domeniu, urma să intre în vigoare la data de 1 ianuarie 2011, însă la data de 30 decembrie 2010 prin OUG 117/2010[19] legea suferă modificări substanțiale, chiar înainte de a intra în vigoare. Interesanta este însă și maniera legislativă, având în vedere că OUG 117/2010 are în vedere modificarea şi completarea Legii nr. 571/2003 privind Codul fiscal şi reglementarea unor măsuri financiar-fiscale, deci nu este destinată a interveni țintit asupra legii 263/2010. Ea modifică această lege organică prin „ricoseu", adică în virtutea unor măsuri financiar-fiscale, în condițiile în care precitata ordonanță de urgență modifică nu mai puțin de 14 alte acte normative. Deși atare modalități de reglementare par de neconceput vizavi de rigorile legislative, vom mai nota că maniera legiferarii „la pachet", chiar prin ordonanțe de urgență, este, din pacate, încetățenită si in alte materii.

În fine, Legea educației naționale nr. 1/2011[20], a cărei naștere și intrare în vigoare va rămâne o mostra de constituționalism autohton, a suferit în decurs de 3 ani nu mai puțin de nouă modificări, însă trei dintre ele, și cele mai substanțiale, prin ordonanțe de urgență.[21] OUG 49/2014 consemnează o modificare dramatică a legii, nu doar prin anvergura sa dar și prin soluțiile legislative introduse, soluții apreciate ca fiind contrare principiilor originare ale legii și, în general, scopului urmărit de legiuitor prin însăși spiritul legii. În mediile

[16] Publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 1147 din 19 decembrie 2005.
[17] Publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 225 din 31 martie 2011.
[18] Publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 852 din 20 decembrie 2010.
[19] Publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 891 din 30 decembrie 2010.
[20] Publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 18 din 10 ianuarie 2011.
[21] Două dintre acestea au intervenit în chiar primul an de la intrarea în vigoare iar cea de a treia in 2014 (este vorba de deja celebra OUG 49/2014, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 486 din 30 iunie 2014).

academice, și nu numai, sunt și azi de actualitate criticile legate și de modul intempestiv de adoptare a OUG 49/2014, iar dincolo de aceasta rămane seismul social generat de acest act normativ dublat de un conflict politic (la limita conflictului de natură constituțională) dintre Guvern și Președintele României, ultimul cerând public în nenumarate rânduri atacarea acestei ordonanțe la Curtea Constituțională de către Avocatul Poporului. Se observă, așadar, că aceste practici de legiferare transcend demult contextului strict juridic și ies, practic, din permiterul regulilor constituționale. Faptul că ele generează semnale certe de adversitate din partea diferitelor medii sociale interesate sau vizate crează o gravă problemă de acceptantă și tolerantă față de atare practici. Se poate spune ca prin aceasta „fenomenul" ordonanțelor de urgență depașește – nu neapărat cantitativ sau numeric dar, cu siguranță, substanțial – clasicele paradigme constituționale, astfel încât, nici chiar un principiu precum cel a statului social, care impune activism și acțiune statală, nu mai poate constitui astăzi o justificare plauzibilă.

III. Angajarea răspunderii Guvernului și principiul statului social

Cu privire directă asupra edificării normative a statului social se cuvine evocată și o altă tendinţă criticabilă înregistrată în ultimii ani. Statistic vorbind, cazurile în care diferitele Guverne și-au asumat răspunderea în baza art. 114 din Constituție nu pare a fi, la prima vedere numeroase. Dincolo de statistici, însă, stă realitatea uluitoare după care aproape toate reglementările legislative fundamentale ce vizează statul social, aflate azi în vigoare în România, au fost adoptate prin procedeul legislativ al angajării răspunderii Guvernului.

Fără pretenția de a fi exhaustivi, vom enumera unele din actele normative care constituie coloana vertebrală a statului social și care au devenit legi prin asumarea răspunderii guvernamentale: Codul Muncii în vigoare (legea 53/2003), Legea privind reforma în domeniul sănătaţii (devenită legea 95/2006, de altfel un consistent pachet legislativ care, prin abrogarea mai multor legi esenţiale în domeniu aflate în vigoare până la acea dată, urmărește să reglementeze unitar această materie), Legea salarizarii unice în domeniul bugetar (devenită legea 329/2009), Legea educației naționale (devenită legea 1/2011), Legea de modificare a Codului Muncii (devenită legea 40/2011), Legea dialogului social (devenită legea 62/2011), Legea asistenței sociale (devenită legea 292/2011).

Chiar dacă nu este aici locul pentru a analiza condiţiile şi raţiunea constituţională şi politică a instituţiei angăjării răspunderii Guvernului, vom constata totuşi, privind

retrospectiv, că de principiu, la data recurgerii la acest procedeu nu puteau fi identificate la modul serios împrejurări care să justifice în spiritul Legii fundamentale o clarificare a raporturilor între legislativ şi executiv. Din păcate, analizând şi alte cazuri în care, în nu prea indelungata noastră practică politică, s-a recurs la acest procedeu, se pare că între vreme mult din esenţa şi raţiunea constituţională a acestei instituţii s-a pervertit, ea fiind deturnată de la sensul atribuit de constituant şi folosită pentru a obţine elaboratul legislativ în dauna Parlamentului, respectiv, fără a-l mai trece prin acest filtru. Indiferent care ar fi justificările este cert ca efectele sunt dintre cele mai nocive în plan legislativ.

Raportându-ne în mod concret la legile enunţate anterior şi care interesează în cel mai înalt grad configurarea statului social în România, vom constata că cele arătate mai sus rămân în egală măsură valabile. Mai mult decât atât, procedeul angajării răspunderii în această materie este criticabil sub o serie de alte aspecte particulare. Nu e greu de observat că aceste legi constituie fundamentul statului social, iar adoptarea lor prin procedura angajării răspunderii semnifică, în opinia noastră, însăşi eludarea impardonabilă a mandatului social conferit de constituant legiuitorului. Este suficient, credem, să ne raportăm la deja bine definitele teze occidentale despre esenţialitate şi domeniul relevant al drepturilor fundamentale, cum au fost enunţate mai sus, pentru a realiza că, din perspectivă constituţională, este nepermis ca legi cardinale privind statul social să fie promovate fără ca legislativul să fi statuat nici un moment asupra lor. Acesta este, fără echivoc, un motiv de neconstituţionalitate formală. Ni se pare că această stare de lucruri este chiar mai criticabilă decât însăşi reglementarea acestor domenii prin ordonanţe de urgenţă, căci în cazul acestora din urmă, unde finalmente legiuitorul are totuşi în mod efectiv ultimul cuvânt, constituantul prevede că nu pot afecta instituţii fundamentale ale statului sau drepturi şi libertăţi fundamentale, pe când procedura asumării răspunderii atribuie Parlamentului sub formă de legi emanaţii normative ale Guvernului fără nici un fel de restricţie în conţinut. Aceasta ne face să reflectăm dacă nu cumva însăşi asumarea răspunderii Guvernului nu ar trebui regândită, sau cel putin amendată, în privinţa conţinutului concret al legilor care astfel "sunt trecute", mai cu seamă că, într-o asemenea manieră, de dată mai recentă au devenit legi consistente pachete normative şi în alte domenii cruciale precum proprietatea sau justiția.

Revenind însă la legile arătate mai sus, mai apar unele elemente de fond care îndreptăţesc această critică. Toate aceste legi abrogă la rândul lor reglementări mai vechi (uneori semnificative la numar), cele mai multe dintre ele legi ale Parlamentului adoptate de dată recentă, sau ordonanţe ale Guvernului aprobate recent de către Parlament. Toate aceste

legi vizau aspecte fundamentale sau părți integrante a ceea ce se înţelege prin stat social, şi făceau obiectul deciziei legislative ca urmare a unui firesc proces de cântărire şi valorizare a nevoilor specifice. Poate e prea mult, şi de altfel nu face obiectul acestor considerente, să analizăm aici în ce măsură aceste legi nu mai corespundeau momentului şi ce aduc diferit, sau în plus, noile reglementari, dar dincolo de aceste aspecte rămâne realitatea că în aceasta manieră fundamentul legal al statului social suferă o grea lovitură pentru că rămâne străin de voinţa legiuitorului. Câtă dreptate se află depozitată în această afirmaţie ne arată exemplele oferite anterior care indică gradul relativ ridicat de perisabilitate al acestor acte normative, devreme ce s-a resimțit la foarte scurt timp nevoia de a interveni cu modificări asupra lor. S-ar putea spune că e vorba de schimbarea opticii prin schimbarea Guvernului sau a majorităţii parlamentare, însă ne întrebăm : nu acesta era rostul dezbaterii parlamentare, nu aceasta era calea de a concilia la momentul adoptării diferitele optici şi interese politice existente? Cât despre durabilitatea acestor reglementari, rămâne să decidă viitorul.

IV. Dinamica legislativa și „mania codificărilor”

Este evident că ultimii ani marchează o tendință legislativă nemaîntâlnită la această scară niciodată în istoria modernă a României. Ea marchează două direcții care pot fi complementare până la un punct. Prima evocă o „manie” a (re)codificării, ceea ce se traduce prin schimbarea „tradiționalelor” coduri ce constituie fundamentul legalității statului, iar cea de a doua evocă o ambiție dusă la extrem de a schimba sectorial reglementări existente. Raportat la istoria dreptului românesc se poate spune că trăim momente epocale, căci niciodată nu s-a mai întâmplat ca în decurs de nici trei ani cele „patru mari coduri” sa fie înlocuite.[22] Făcând abstracție de faptul că această operă de legiferare și mai ales punerea ei în vigoare a constituit un proces insotit de numeroase sincope și ambiguități, noile realități normative constituie o imensa provocare pentru ordinea de drept, care astfel este descompusă și recompusă în piesele sale esențiale.

Se poate constata însă că aceste mutații legislative se regăsesc însă și la nivelul imediat urmator, respectiv in domenii sectoriale. Desi in ultimii ani tendinta de a adopta noi reglementari in zone in care existau reglementari relativ recente este una generalizata, ne vom

[22] Referirea se face evident la Codul civil (legea 287/2009) intrat în vigoare la 1 octombrie 2011, Codul de procedură civilă (legea 134/2010), intrat în vigoare la data de 15 februarie 2013, Codul penal (legea 286/2009) și Codul de procedură penală (legea 135/2010), ambele intrate în vigoare la 1 februarie 2014.

indrepta atentia asupra acelor deomenii care traditional circumscriu sfera statului social. Astfel, la intrebarea daca principiul constitutional al statului social impune cu adevarat o atare dinamica legislativa, raspunsul nu poate fi afirmativ. Deși, acest principiu cere o certă capacitate de reacție și un anume militantism din partea statului, el nu poate fi pus în legatură directă cu necesitatea de a schimba intempestiv cadrul legislativ general în domeniile sociale, deci principiul nu poate fi sinonim cu o permanentă „reformare" a acestor domenii. Dacă ne raportăm la exemplele date la un punct anterior vom observa cu adevărat că toate „marile domenii" sociale au fost (re)reglementate în ultimii ani, deci avem reglementări cadru noi cu toate ca acestea nu au lipsit anterior și, de principiu, nu aveau cum să se petreacă mutații sociale majore care să împingă spre desuetudine vechile reglementări.

Drept urmare, condițiile sociale concrete nu erau de natură să impună atare mutații legislative. Pe de altă parte, trebuie observat că vechile reglementări, în proporție covârșitoare, datau din perioada de preaderare și fuseseră elaborate pe necesitățile alinierii la aquis-ul comunitar. În acest sens, nici realitățile postaderare nu puteau să justifice, prin ele însele, necesități de ordin obiectiv pentru atare modificări legislative cardinale.

Consecința directă a unei asemenea dinamici legislative este ușor de întrevăzut, căci ea amenința să se transforme în chiar opusul a ceea ce este rațiunea unei norme juridice. Dacă este corect ca norma juridică este valorizarea unei nevoi sociale existente la un moment dat, deci că dreptul acționează diriguitor asupra unei stări de fapt căreia statul trebuie să îi răspundă, atunci realitățile normative contemporane indică simptome contrare. Este cert că ambițiile de reformare la nesfârșit a acelorași stări de fapt indică o dinamică juridică mai mare decât însăși dinamica socială a relațiilor supuse reglementării. Demn de observat este că inadvertenţele nu se opresc numai la nivel formal, redacţional. Ele sunt, de regulă, consecinţa unor vicii de fond, a faptului că de multe ori normele edictate nu sunt în consonanţă cu nevoile concrete din societate, lipsindu-le efectiv corelarea cu datul natural la momentul intrării lor în vigoare. Fără a fi exagerat de critici, trebuie spus că în domeniul social multe din reglementarile transpuse, spre exemplu, prin absorbirea aquisului comunitar sunt grefe legislative neizbutite, matriţe normative plămădite prea timpuriu pentru anumite conjuncturi şi fenomenologii sociale încă insuficient definite, dar posibil prefigurabile, ceea ce constituie o anomalie de fond a procesului legislativ.

Chiar admiţând că în prezent există o relativă dinamică a dezvoltării relaţiilor sociale, nevoile, raportate la gradul relativ redus de bunăstare, sunt încă unele în egală măsură simple dar acute. Modelul social actual în România, nu numai că nu asigură o satisfacere decentă a

acestor nevoi simple, dar le abordează prin prisma unor tipare normative sofisticate şi crează mecanisme instituţionale greoaie. Clivajul actual între ambiţioasa configurare a statului social la nivel legislativ la un pol iar la celălalt pol slaba capacitate administrativă de implementare a soluţiilor legislative în corelare cu lipsa cronică de resurse, este principalul handicap în crearea unui model eficient. De aceea nici nu poate mira pe nimeni tendinţa actuală a executivului şi legislativului de a modifica necontenit dispozitiile legale în materie. Se poate însă constata că un asemenea curent încetează a mai fi benefic, el cauţionând finalmente îndepărtarea atât de la rigorile principiului statului social cât şi de la cele ale statului de drept, întrucât induce o foarte largă putere discreţionară atât la nivelul legislativului cât şi la nivelul autorităţilor chemate să aplice asemenea dispoziţii legale.